UNIVERSITE DE BORDEAUX — FACULTÉ DE DROIT

LA SOUSCRIPTION D'ACTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le mercredi 11 mars 1942, à 17 heures

PAR

Jean HOURTOULLE

Lauréat de la Faculté de Droit de Bordeaux

BORDEAUX

IMPRIMERIE BIÈRE

18, 20, 22, rue du Peugue

1942

HOURTOULLE (Jean)

La Souscription d'actions. — Bordeaux, impr. Bière, 1942. In-8°, II-127 p.

(*Thèse Droit. Bordeaux. 1942*)

.....

HOURTOULLE (Jean)

La Souscription d'actions. — Bordeaux, impr. Bière, 1942. In-8°, II-127 p.

(*Thèse Droit. Bordeaux, 1942*)

.....

HOURTOULLE (Jean)

La Souscription d'actions. — Bordeaux, impr. Bière, 1942. In-8°, II-127 p.

(*Thèse Droit. Bordeaux. 1942*)

.....

HOURTOULLE (Jean)

La Souscription d'actions. — Bordeaux, impr. Bière, 1942. In-8°, II-127 p.

(*Thèse Droit. Bordeaux. 1942*)

UNIVERSITE DE BORDEAUX — FACULTÉ DE DROIT

LA SOUSCRIPTION D'ACTIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le mercredi 11 mars 1942, à 17 heures

PAR

Jean HOURTOULLE

Lauréat de la Faculté de Droit de Bordeaux

BORDEAUX

IMPRIMERIE BIÈRE

18, 20, 22, rue du Peugue

1942

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

Doyens honoraires : FERRON, ✻, ✪ I., FERRADOU ✻, ✪ I.

Professeurs honoraires: MM. LESCURE ✻ ✪ I.; NOAILLES ✻ ✪ I.; BENZACAR, ✻, ✪ I.; MARGAT ✪ I. PIROU ✻ ✪ I.

BONNARD, ✻ ✪ I., ✻, Doyen, professeur de *Droit administratif*, chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Doctorat).

PALMADE, ✻ ✪ A. ✻, professeur de *Droit commercial.*

VIZIOZ, ✪ I., Assesseur du Doyen, professeur de *Procédure civile*, chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *procédure civile et voies d'exécution* (Capacité).

POPLAWSKI, ✻ ✪ I., professeur de *Droit criminel*, chargé d'un cours de *Législation industrielle* (Licence) et d'un cours de *droit criminel* (Capacité).

BOYÉ ✻, ✪ I., ✻, professeur de *Droit romain.*

BIBIÉ, ✻, ✻, professeur de *Droit international public.*

REGLADE, ✪ I., professeur de *Droit constitutionnel et administratif*, chargé d'un cours de *droit international privé* (Licence).

GARRIGOU-LAGRANGE, ✪ A, professeur d'*Economie politique* et *Science financière*, chargé d'un cours de *Législation coloniale* (Licence).

HUBRECHT, ✪ I, professeur d'*Histoire du Droit* (doctorat), chargé d'un cours de *Droit romain* (Licence 2e année).

LABORDE-LACOSTE, ✻, ✪ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours d'*Enregistrement* (Licence).

BRETHE DE LA GRESSAYE, ✪ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours de *Droit civil approfondi* (Doctorat).

BERNARD, agrégé, chargé d'un cours de *Droit romain* (Licence 1re année) et d'un cours de *Pandectes* (Doctorat).

MORIZET, chargé de cours (*Économie politique*).

DE JUGLART, chargé de cours (*Droit privé*).

BOUVIER-AJAM, chargé de cours (*Économie politique*).

M. ARTIGUELONG, ✪ I, *secrétaire.*
Mme COSTES, ✪ I., *secrétaire-adjointe.*
Mme SOUBIE, ✪ A, *bibliothécaire.*

COMMISSION DE LA THÈSE

M. LABORDE-LACOSTE, *professeur* ..... *Président.*
M. PALMADE, *professeur* ..... } *Suffragants*
M. DE JUGLART, *chargé de cours* ..... }

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

INTRODUCTION

1. — « La souscription s'entend du fait par une personne (individu ou société) de se porter preneur d'une ou plusieurs actions dont le montant est payable en espèces[1]. » Elle trouve place au cours de la constitution ou de l'augmentation de capital d'une société en commandite par actions ou anonyme.

Toutefois il ne faut voir dans la définition précédente que celle de la souscription proprement dite, de la souscription au sens étroit; car ce mot a aussi un sens large, par lequel on entend la première partie des opérations d'une constitution de société ou d'une augmentation de capital, depuis les formalités préliminaires jusqu'à la répartition inclusivement, c'est-à-dire en réalité le cadre dans lequel s'intègre la souscription proprement dite. C'est dans ce sens notamment, que l'on parle de souscription privée ou publique.

2. — Il nous faut, dès maintenant, distinguer les souscriptions privées des souscriptions publiques[2]. Une souscription est dite privée lorsqu'elle s'effectue sans aucune publicité financière : les souscriptions privées se rencontrent dans la pratique dans deux hypothèses bien différentes : celle de la formation ou de l'augmentation de capital d'une petite société où fondateurs ou administrateurs se contentent d'aller trouver à domicile les souscrip-

1. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 621.
2. Cette distinction est très importante. V. *infra*, note 1 sous n° 15.

teurs éventuels et celle d'un syndicat de prise ferme, où une union de banquiers souscrit simultanément toutes les actions d'une émission.

Par contre, une souscription est dite publique quand elle est réalisée avec l'aide de mesures de publicité. On se trouvera notamment en présence d'une souscription publique dans l'hypothèse d'un syndicat de placement, lorsqu'une union de banquiers a pris l'engagement d'effectuer le placement dans le public des actions d'une société qui se constitue ou qui augmente son capital.

3. — Le problème de la souscription est directement lié à celui de la protection de l'épargne, ce qui explique son importance et les difficultés nombreuses que la doctrine, la législation et la jurisprudence ont rencontrées surtout dans ces dernières années, et se sont efforcées de résoudre[1].

C'est l'étude de ce problème, que nous nous proposons de faire ici. Signalons, tout d'abord, que celle-ci sera surtout synthétique et négligera beaucoup de notions déjà abondamment traitées. Rappelons, d'autre part, que la souscription trouve place, non seulement au cours d'une constitution de société, mais aussi au cours d'une augmentation de capital. Toutes les fois que cela sera nécessaire, nous serons donc appelé à diviser en deux nos chapitres ou nos sections suivant les cas.

4. — Comment entreprendre l'étude de la souscription ? Avant d'examiner la souscription proprement dite, il nous semble plus logique de traiter l'importante question de la souscription au sens large, c'est-à-dire d'étudier ce cadre

1. L'importance de cette réglementation qui *s'impose* aux futurs actionnaires, a conduit certains auteurs à rejeter du droit des sociétés par actions l'idée *contractuelle* pour la remplacer par l'idée d' « *institution* », c'est-à-dire par l'idée d'une œuvre, d'une entreprise à créer par une certaine *organisation* destinée à la réalisation de l'œuvre, de l'entreprise, qui a ainsi la *permanence* caractérisant l'*institution* (V. J. Brèthe de la Gressaye et A. Legal, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, p. 78).

dans lequel s'intègre la souscription au sens étroit du mot. Nous consacrerons à l'étude de celui-ci nos trois premiers chapitres.

Avec le chapitre premier nous passerons en revue les formalités préliminaires exigées avant une souscription : dépôt d'un projet de statuts au greffe, notice de la loi du 30 janvier 1907, formalité imposée dans le cas d'une augmentation de capital par le décret du 8 août 1935 créant au profit des actionnaires un droit préférentiel.

Le chapitre II aura trait au placement des titres montant de la souscription. Nous y examinerons successivement, dans cinq sections, la réglementation de la publicité financière, celle du démarchage, le rôle des banques dans la souscription, l'importante question de la commission de banque, et enfin les deux hypothèses de la faillite de la banque dépositaire provisoire des fonds provenant des souscriptions et de la faillite de la banque commissionnaire du souscripteur.

Enfin, le chapitre III aura pour objet le résultat de la souscription. Une première section y sera d'abord consacrée à un examen sommaire du principe de la souscription intégrale et de ses conséquences immédiates. Puis nous envisagerons, tour à tour, dans une deuxième section, l'hypothèse de l'échec de la souscription et l'hypothèse de sa réussite, à la suite de laquelle nous serons amené à parler du problème de la répartition des actions. Celui-ci, très simple dans le cas d'une constitution de société, est plus complexe dans celui d'une augmentation de capital, surtout depuis le décret du 8 août 1935 créant au profit des actionnaires un droit préférentiel de souscription.

5. — Une fois l'étude de la souscription au sens large terminée, il nous sera alors beaucoup plus facile d'effectuer celle de la souscription proprement dite. Nous consacrerons à cette dernière quatre chapitres, qui formeront, sans aucun doute, la partie de beaucoup la plus importante de notre exposé.

Le premier, qui sera en réalité le chapitre IV, aura trait à la nature juridique de la souscription. Il sera suivi du chapitre V, relatif au caractère de l'engagement du souscripteur, suivi lui-même du chapitre VI, où nous étudierons la preuve de la souscription. Cette question est importante, car le décret-loi du 31 août 1937 a modifié les règles de cette preuve, en rendant le bulletin de souscription obligatoire.

Enfin, le chapitre VII sera consacré au contrat de souscription. Nous y passerons en revue, dans cinq sections différentes, la formation du contrat, ses conditions d'existence, ses conditions de validité, ses effets, et pour terminer sa résolution.

6. — Quant à nos deux derniers chapitres, ils auront pour objet : l'un, le chapitre VIII, les délits susceptibles d'être commis à l'occasion de la souscription et l'autre, le chapitre IX, les droits fiscaux se rattachant à la souscription.

CHAPITRE PREMIER

FORMALITES DE PUBLICITE PRELIMINAIRES A LA SOUSCRIPTION

7. — Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, aucune formalité légale n'était exigée préalablement à une souscription.

Une première modification à cet état de choses fut apportée par la loi du 30 janvier 1907. Celle-ci, toujours en vigueur, exige, nous le verrons plus loin, avant toute souscription publique, l'insertion d'une notice au *Bulletin des annonces légales obligatoires.*

Depuis, dans ces dernières années, une réforme importante a été également réalisée avec le décret-loi du 31 août 1937 qui prescrit, avant toute souscription, le dépôt d'un projet des statuts au greffe du tribunal de commerce du siège social.

Nous allons donc envisager successivement ces deux formalités.

Section I. — Dépôt d'un projet des statuts au greffe du tribunal de commerce du siège social.

§ 1. *Cas d'une constitution de société.*

8. — En vertu de l'article premier, alinéa 3 (rédaction du décret-loi du 31 août 1937) de la loi du 24 juillet 1867 : « Avant toute souscription du capital, un projet des statuts

» sur papier libre, certifié par le fondateur, est déposé au » greffe du tribunal de commerce du siège social et doit » être communiqué à tout requérant. »

9. — « Avant toute souscription du capital... », nous dit le texte ; cette formalité doit donc être effectuée dans tous les cas. Dans l'hypothèse de souscription privée, elle sera la seule à être exigée ; dans celle de souscription publique, elle précédera l'insertion de la notice prévue par la loi du 30 janvier 1907 au *Bulletin des annonces légales obligatoires*, dont nous parlerons dans la section suivante.

Il est question, nous venons de le voir, dans l'alinéa 3 nouveau, d'un *projet* des statuts sur papier libre certifié par le fondateur. Le mot *projet* soulève une difficulté. Ce terme, en effet, pourrait laisser supposer que les statuts déposés au greffe ne constituent pas une pièce rédigée de façon définitive ; mais simplement une ébauche. Il n'en est rien. Les commentateurs du décret sont unanimes sur ce point[1]. Aucune modification ne pourra être apportée par les fondateurs au texte déposé au tribunal de commerce du siège social. Les statuts pourront-ils être, comme avant le décret, modifiés par une des deux assemblées constitutives délibérant conformément aux prescriptions de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 ? L'affirmative a été soutenue[2].

Par projet des statuts, il faut donc entendre une copie exacte rédigée sur papier libre des statuts sous seings privés ou authentiques.

Le projet des statuts doit être certifié par le fondateur. Nous préciserons plus loin ce qu'est ou ce que sont le ou les fondateurs d'une société par actions.

10. — On ne peut que se féliciter des nouvelles dispositions apportées par le décret du 31 août 1937. Le dépôt

1. V. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, n° 14 ; H. Bosvieux, *J. S.*, 1938, 8.
2. H. Bosvieux, *J. S.*, 1938, 9.

d'un projet des statuts au greffe et l'obligation de les communiquer à tout requérant permettent, en effet, maintenant au souscripteur éventuel de se documenter sur la future société facilement et sans avoir recours au fondateur[1].

Cependant, la réforme aurait été meilleure si elle avait prescrit, en plus du dépôt des statuts, leur publication[2], et si ce dépôt, au lieu d'être effectué au greffe du tribunal de commerce, l'avait été chez un notaire, qui aurait pu donner son avis sur le projet[3].

11. — Le fait de ne pas déposer, avant une souscription, un projet des statuts au greffe du tribunal de commerce constitue, nous le savons, une violation de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867. Celle-ci entraîne la nullité de la société prévue par les articles 7 et 41 de la même loi. L'article 7 est, en effet, ainsi rédigé : « Est nulle et de nul » effet à l'égard des intéressés, toute société en comman- » dite par actions constituée contrairement aux prescrip- » tions des articles 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi. Cette » nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. » Et, d'après l'article 41 : « Est nulle et de nul effet à l'égard des » intéressés toute société anonyme pour laquelle n'ont pas » été observées les dispositions des articles 22, 23, 24 et 25 » ci-dessus. » Or, l'article 24 nous dit : « Les dispositions » des articles 1, 2, 3 et 4 de la présente loi sont applicables » aux sociétés anonymes. » Rappelons que, aussi bien dans une société anonyme que dans une société en commandite par actions, la nullité ne peut pas être opposée aux tiers par les associés.

Aux termes de l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867[4],

1. V. Solus, La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937., n° 13, et H. Bosvieux, *J. S.*, 1938, 7.

2. V. H. Bosvieux, *J. S.*, 1938, 7.

3. V. H. Bosvieux, *J. S.*, 1938, 10. V. toutefois Association nationale des sociétés par actions (A. N. S. A.), décembre 1937, p. 15.

4. Applicable aux sociétés anonymes aussi bien qu'aux sociétés en commandite par actions (art. 42 de la loi du 24 juillet 1867).

modifié par un décret-loi du 30 octobre 1935, alinéas 3 et suivants : « Si, pour couvrir la nullité, une assemblée géné-» rale devait être convoquée, l'action en nullité ne sera » plus recevable à partir de la date de convocation régu-» lière de cette assemblée. L'action en nullité de la société » est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister » avant l'introduction de la demande ou, en tout cas, au » jour où le tribunal statue sur le fond en première instance. » Le tribunal saisi d'une action en nullité pourra, même » d'office, fixer un délai pour couvrir les nullités. Les » actions en nullité ci-dessus visées sont prescrites par » cinq ans. »

Comment la situation sera-t-elle régularisée dans la pratique si la formalité légale du dépôt n'a pas été effectuée ? Suffira-t-il de déposer tout simplement un projet des statuts au greffe ? Non, les souscriptions antérieures au dépôt devront être effectuées à nouveau par leurs auteurs[1].

12. — Lorsqu'une société en commandite par actions est annulée, aux termes de l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867, les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec le gérant, du dommage résultant, pour la société ou pour les tiers, de l'annulation de la société[2]. Lorsque la nullité d'une société anonyme a été prononcée aux termes de l'article 41 de la loi du 24 juillet 1867, les fondateurs auxquels la nullité est imputable, les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation[3].

L'action en responsabilité, pour les faits dont la nullité résultait, cesse d'être recevable lorsque la cause de la nul-

1. V. H. Bosvieux, *J. S.*, 1938, 40.
2. Article 8 de la loi du 24 juillet 1867, alinéa 1.
3. Article 42 de la loi du 24 juillet 1867, alinéa 1 (modifié par L. 1er août 1893, art. 5).

lité a cessé d'exister, soit avant l'introduction de la demande, soit au jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, soit dans le délai imparti pour couvrir la nullité et, en outre, que trois ans se sont écoulés depuis le jour où la nullité était encourue[1].

13. — L'inobservation de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867, résultant du fait que le dépôt au greffe n'a pas été effectué, forme elle-même l'un des deux éléments du délit d'émission d'actions d'une société irrégulièrement constituée prévu par l'article 13, alinéa 1, de la loi du 24 juillet 1867[2]. Notons que les mots « émission d'actions » ne sont pas ici synonyme d'ouverture de la souscription. L'émission d'actions d'une société irrégulièrement constituée est le fait de délivrer des titres qui présentent une société comme légalement constituée bien qu'elle ne le soit pas[3]. L'émission d'actions d'une société irrégulièrement constituée est punie d'une amende de 500 à 10.000 francs.

§ 2. *Cas d'une augmentation de capital.*

14. — Les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 se rapportant aux constitutions de sociétés et, en particulier, l'article premier de cette loi concernent également les augmentations de capital. Or l'alinéa 3 de l'article premier impose le dépôt d'un projet des statuts au greffe. Comment exécuter ici cette prescription ? La solution la plus simple,

1. Article 8 de la loi du 24 juillet 1867, alinéa 6 (Décr. 30 octobre 1935),
2. Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n° 828.
3. Paris, 19 mars 1883, D. P. 1883.1.425. Sur les deux sens du mot émission, V. également Rousselet et Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, n° 112; Constantin et Gautrat, *op. cit.*, n° 828; Rodière, « La notion d'émission (à propos de la loi du 28 février 1941, relative à la forme et à la négociation des actions) », *J. C. P.*, étude 223; Tchernoff, chron. D. H., 1936, 10; Association nationale des sociétés par actions (A. N. S. A.) juillet 1941, p. 11 et suiv.

préconisée par certains auteurs[1], consiste à déposer au greffe un projet des statuts modifié en vue de l'augmentation de capital. D'après d'autres[2], dont nous partageons l'opinion, la pièce à déposer au greffe, avant la souscription, est une copie du procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire fixant les particularités de l'augmentation de capital. C'est dans cette pièce, en effet, que les souscripteurs éventuels trouveront les renseignements équivalents à ceux qui leur sont donnés par les statuts lors d'une constitution de société[3]. Cette copie sera rédigée sur papier libre et certifiée par le gérant ou le conseil d'administration. La pièce à déposer est une copie du procès-verbal de la délibération du conseil d'administration, si l'augmentation de capital a été prévue par les statuts.

Section II.
Publicité exigée par la loi du 30 janvier 1907.

15. — La loi du 30 janvier 1907 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1907 a consacré son article 3, toujours en vigueur, à la réglementation des émissions, expositions, mises en vente, introductions sur le marché en France d'actions, d'obligations ou de titres, de quelque nature qu'ils soient de sociétés françaises ou étrangères en ce qui concerne ceux de ces titres offerts au public. Cette loi n'a donc pas touché aux souscriptions privées qui restent soumises seulement aux dispositions de la loi de 1867 modifiée par les décrets-lois de 1935 et 1937[4].

1. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, n° 15.
2. H. Bosvieux, *J. S.*, 1938, 32.
3. V. Dalsace, *Rev. Soc.*, 1939, 86.
4. C'est là la principale différence entre le régime des souscriptions privées et celui des souscriptions publiques. Mais ce n'est pas la seule. Signalons notamment que dans les sociétés par actions faisant appel à l'épargne

16. — En vertu de l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907, dans une souscription publique, préalablement à toute mesure de publicité, les émetteurs d'actions doivent faire insérer une notice au bulletin annexe du *Journal officiel* appelé *Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières* ou *B. A. L. O.* Cette notice doit contenir les énonciations suivantes :

1° La dénomination de la société ou la raison sociale;
2° L'indication de la législation (française ou étrangère) sous le régime de laquelle fonctionne la société;
3° Le siège social;
4° L'objet de l'entreprise;
5° La durée de la société;
6° Le montant du capital social, le taux de chaque catégorie d'actions et le capital non libéré;
7° Le dernier bilan certifié pour copie conforme ou la mention qu'il n'en a pas été dressé encore.

Il devra, en outre, être fait mention des avantages stipulés au profit des fondateurs et des administrateurs, du gérant et de toute autre personne, des apports en nature et de leur mode de rémunération, des modalités de convocation aux assemblées générales et de leur lieu de réunion. Les émetteurs devront être domiciliés en France; ils seront tenus de revêtir la notice ci-dessus de leur signature et de leur adresse.

publique, l'un au moins des commissaires aux apports doit être obligatoirement choisi parmi les experts inscrits sur l'une des listes établies par les tribunaux du ressort de la cour d'appel du siège social (art. 4 de la loi du 24 juillet 1867 complété par le décret du 31 août 1937), et que l'un des commissaires aux comptes au moins doit être choisi sur une liste établie par une commission siégeant au chef-lieu de la cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouve le siège social (art. 33 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par le décret du 8 août 1935). Il importe donc de bien distinguer les souscriptions privées des souscriptions publiques, c'est-à-dire de celles effectuées avec publicité financière ou emploi de démarcheurs. Cette distinction sera parfois délicate à faire. Sur ce point, voir notamment P. Esmein, « Les notions de souscription publique, d'offre au public et d'appel à l'épargne publique en matière de sociétés », *J. C. P.*, étude 208.

17. — L'alinéa 8 de l'article 3 vise les sociétés étrangères. Toute société étrangère qui procède en France à une souscription publique, est tenue, en outre, de publier intégralement ses statuts, en langue française, au *B. A. L. O.* avant tout placement de titres.

18. — Le texte a prévu des sanctions pour les infractions aux dispositions édictées ci-dessus. Ces infractions seront constatées par les agents de l'enregistrement et seront punies d'une amende de 10.000 à 20.000 francs qui n'a pas, du reste, un caractère purement fiscal[1]. L'article 463 du Code pénal est applicable à ces peines, c'est-à-dire que celles-ci pourront être réduites par l'octroi des circonstances atténuantes. Remarquons que ces infractions ne sont pas des causes de nullité de la société ou de l'augmentation de capital.

19. — Avec la loi de 1907 la législation sur les sociétés a été sans aucun doute améliorée. Cependant, il faut bien le reconnaître, ce texte est insuffisant. Le fait notamment qu'il ne vise pas les souscriptions privées est fâcheux; également le choix du *B. A. L. O.* pour l'insertion de la notice n'est pas très bon : beaucoup de personnes ignorent où se le procurer. Le décret-loi du 31 août 1937, en imposant avant toute souscription le dépôt d'un projet des statuts au greffe du tribunal de commerce, a obvié à cette situation.

Section III. — Formalité supplémentaire imposée avant une augmentation de capital.

20. — A moins que l'application n'en soit écartée par une assemblée générale délibérant sous certaines conditions fixées par ses articles 5 et suivants, le décret du 8 août 1935

1. Note A. Chéron, D. P. 1914.2.121.

a créé dans tous les cas, au profit des actionnaires, un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital.

En vertu de ce texte, un avis faisant connaître aux actionnaires leur droit préférentiel, la date d'ouverture et la date de clôture de la souscription, ainsi que le taux d'émission des actions, doit être inséré dans un journal d'annonces légales du siège social[1]. Cet avis doit être inséré dans la notice prévue par l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907, toutes les fois que l'émission de l'augmentation de capital donne lieu à la publication d'une pareille notice. Dans les cas où il n'y a pas lieu de faire cette insertion, la société doit porter par lettre recommandée, avec accusé de réception, à la connaissance des actionnaires dont les titres sont nominatifs, dans les trois jours de l'insertion de l'avis, les renseignements que contient celui-ci[2]. Toutefois, ces dispositions ont été modifiées provisoirement pour la durée des hostilités par un décret du 29 novembre 1939[3].

21. — La violation de ces dispositions entraîne la nullité de l'augmentation de capital. Les gérants et les membres du conseil de surveillance, les administrateurs et les commissaires sont solidairement responsables de cette violation[4].

De plus, celle-ci est punie d'une amende de 1.000 à 100.000 francs[5]. Sont punis, en outre, d'un emprisonnement de un à cinq ans, ceux qui ont commis cette violation frauduleusement, en vue de priver les actionnaires ou certains d'entre eux d'une part de leurs droits dans le patrimoine de la société[6].

1. Article 2 du décret.
2. Article 3 du décret.
3. En vertu de l'article 15, alinéa 3 de ce décret (V. *Journal officiel* du 17 déc. 1939, p. 13996) : « L'insertion dans un journal d'annonces légales » prescrite à l'article 2 du décret du 8 août 1935 devra être répétée à une » semaine d'intervalle dans le *Bulletin des annonces légales obligatoires*, l'avis » inséré dans la notice visée à l'article 3, 1er alinéa, du décret du 8 août 1935 » comptant pour l'une de ces deux insertions. »
4. Article 8 du décret.
5. Article 9 du décret.
6. Article 10 du décret.

CHAPITRE II

LE PLACEMENT DES TITRES MONTANT DE LA SOUSCRIPTION

Section I. — Le prospectus de placement.

22. — Les banques interviennent le plus souvent dans la réalisation d'une souscription publique. Cependant, nous savons que les fondateurs ou les administrateurs effectuent parfois eux-mêmes l'opération. On peut, à la rigueur, envisager d'autres procédés, par exemple celui consistant à charger un journal de la souscription. Quel que soit le moyen employé, l'opération comportera toujours la mise en œuvre d'une certaine publicité. Celle-ci fait l'objet d'une réglementation particulière.

23. — L'article 3 de la loi du 30 janvier 1907, dont nous avons parlé dans le chapitre précédent, à propos de la notice légale préalable à toute souscription publique, a consacré deux de ses paragraphes aux affiches, prospectus, circulaires et annonces. En vertu de ce texte, les affiches, prospectus et circulaires doivent reproduire les énonciations de la notice et contenir mention de l'insertion de la dite notice au *B. A. L. O*, avec référence au numéro dans lequel elle a été publiée. Les annonces dans les journaux doivent reproduire les mêmes énonciations ou, tout au moins, un extrait de ces énonciations avec références à la dite notice et indication du numéro du *B. A. L. O.*, dans lequel elle a été publiée.

24. — Cette réglementation laissait nettement à désirer : elle n'empêchait pas l'insertion dans les différents imprimés visés par la loi de renseignements faux ou inexacts. Une réforme s'imposait donc. Elle a été réalisée par le décret-loi du 8 août 1935 réglementant le démarchage dont les articles 10 et 11 ont trait à la publicité financière[1]. Ce texte n'a pas touché aux dispositions de la loi du 30 janvier 1907 concernant les affiches, prospectus, circulaires et annonces. Celles-ci restent donc en vigueur. Quelles sont alors les innovations apportées par le décret ?

25. — La première remarque à faire est la suivante : le nouveau texte ne nous parle que de prospectus ; en effet, l'article 10 commence ainsi : « Tout prospectus distribué ou reproduit, sous quelque forme que ce soit, ayant pour objet de solliciter l'achat ou la souscription de valeurs de sociétés françaises ou étrangères... » Quel est le sens exact des mots « tout prospectus distribué ou reproduit sous quelque forme que ce soit » ? Il faut certainement entendre par là tout prospectus remis ou envoyé à domicile, présenté au guichet d'une banque, donné dans un lieu public, inséré dans une affiche ou dans un journal[2]. Le texte vise donc, en réalité, par ces mots les affiches, prospectus, circulaires et annonces dont nous parle la loi de 1907.

26. — Comme sous le régime antérieur, le prospectus de placement, et désormais nous emploierons ce mot dans le sens du décret du 8 août 1935, est facultatif.

27. — Ce prospectus devra mentionner la signature de la personne ou du représentant qualifié de la société dont

1. Sur la présence de dispositions ayant trait à la publicité financière dans un décret réglementant le démarchage, voir article de M. H. Lecompte au *Journal des Sociétés* (*J. S.*, 1938, 654).

2. A notre avis, un résumé du prospectus inséré dans un journal constitue le « prospectus reproduit » de l'article 10 au même titre que le prospectus inséré en entier ou en partie.

l'offre émane. Dans la pratique, la signature mentionnée par le prospectus sera celle d'un des fondateurs, du gérant de la commandite, d'un des administrateurs de la société anonyme, d'un mandataire ou d'un banquier qui sert d'intermédiaire entre le public et la société. Et il convient d'insister sur le fait que le prospectus n'est pas toujours signé par un représentant qualifié de la société ou en d'autres termes, que l'offre n'émane pas toujours de celui-ci[1].

Remarquons bien, en effet, que d'après le texte de l'article 10, alinéa 1, le prospectus est signé par la personne dont émane l'offre. Il faut donc voir dans le prospectus de placement une offre faite par le signataire au souscripteur éventuel, offre qui entraîne entre le signataire et l'auteur d'une souscription provoquée par le prospectus la formation d'un contrat sur lequel sera fondée à l'occasion la responsabilité du signataire.

28. — En vertu de l'article 10, alinéa 2, le prospectus devra contenir désormais obligatoirement certaines énonciations : d'abord celles prévues à l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907; cette loi, en effet, n'a pas été abrogée ou modifiée par le décret-loi du 8 août 1935.

Le prospectus devra mentionner ensuite les noms, prénoms et adresses des administrateurs de la société. Ici le texte a commis une double omission : d'abord, il n'envisage que le cas d'une société anonyme; dans le cas d'une commandite par actions, le prospectus devra sûrement mentionner les noms, prénoms et adresses du ou des gérants, et surtout, le texte n'envisage que l'hypothèse d'une société déjà formée qui augmente son capital; dans le cas d'une société par actions en formation, le prospectus devra sûrement contenir les noms, prénoms et adresses des fondateurs.

1. Voir notamment Houpin et Bosvieux, *Suppl.*, 7e édit., p. 270, note 2; V. égal. H. Lecompte, *J. S.*, 1938, 659.

L'alinéa 2 de l'article 10 ajoute ensuite que le prospectus devra indiquer si les valeurs offertes sont cotées ou non et dans l'affirmative à quelle bourse. Cette mention ne concerne pas l'hypothèse de la souscription d'actions, mais seulement celle de l'achat de valeurs.

29. — L'article 11 est relatif aux peines sanctionnant les infractions aux dispositions de l'article 10 : « Sans préjudice, s'il y a lieu, des amendes fiscales prévues à l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907[1], nous dit le texte, toute infraction aux dispositions de l'article 10 est punie d'une amende de 1.000 à 10.000 francs. En cas de récidive, l'amende ne peut être inférieure à 3.000 francs. »

De plus, l'alinéa 2 de l'article 11 est ainsi conçu : « Dans » le cas où le prospectus contiendrait des renseignements » faux ou inexacts, les peines applicables seront, en cas de » mauvaise foi des personnes ayant fourni ces renseigne- » ments, celles de l'article 405 du Code pénal. » Ces peines sont très graves : elles consistent, en effet, dans un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus et dans une amende de 1.000 francs au moins et de 10.000 francs au plus; les coupables pourront être, en outre, frappés pour dix ans au plus de l'interdiction des droits mentionnés dans l'article 42 du Code pénal; ils pourront aussi être frappés de l'interdiction de séjour pendant le même nombre d'années.

Un décret-loi du 8 août 1935 est venu encore les aggraver dans certains cas avec l'alinéa 2 nouveau de l'article 405. Cet alinéa est ainsi rédigé : « Si le délit a été commis par » une personne ayant fait appel au public en vue de l'émis- » sion d'actions, obligations, bons, parts ou titres quel- » conques soit d'une société, soit d'une entreprise commer- » ciale ou industrielle, l'emprisonnement pourra être porté

1. Rappelons que ces amendes sont de 10.000 à 20.000 francs et peuvent être réduites par l'octroi des circonstances atténuantes.

» à dix années et l'amende à 50.000 francs. » Plusieurs auteurs[1] prétendent que cet alinéa s'applique uniquement au délit d'escroquerie, et, par conséquent, n'a rien à voir avec l'infraction de l'article 11, alinéa 2. Nous pensons, au contraire, surtout étant donné l'esprit du décret, que ce texte doit s'appliquer ici[2].

Enfin, en vertu d'un décret du 14 juin 1938, l'article 11 a été complété par un troisième alinéa ainsi conçu : « Les infractions visées aux deux alinéas qui précèdent peuvent être constatées par les agents de l'enregistrement. » Il y a lieu de remarquer que ce texte ne confère pas aux infractions de l'article 11 un caractère fiscal.

30. — Comme on le voit, la réglementation de la publicité financière par le décret-loi du 8 août 1935, ayant trait uniquement au prospectus, est très différente de celle édictée par la loi du 30 janvier 1907, consistant principalement dans la publication d'une notice au *B. A. L. O.* et accessoirement dans la réglementation du prospectus. Leur comparaison nous amène notamment à faire les remarques suivantes[3] : la notice de la loi de 1907 est obligatoire, le prospectus est facultatif; les infractions aux dispositions de la notice et les infractions à celles du prospectus ne sont pas sanctionnées par les mêmes peines.

Section II. — Le démarchage.

31. — Le démarcheur qui conseille le public pour ses opérations de banque ordinaires (lettres de crédit, dépôts de fonds, paiement de coupons, avances sur titres, escompte, location de coffres) ne voit pas sa profession réglementée.

1. V. notamment, H. Lecompte, *J. S.*, 1936, 109, et *J. S.*, 1938, 662.
2. En ce sens : Tchernoff, Chron. D. H., 1936, 9 et suiv.
3. A ce sujet, consulter notamment la chronique précitée de M. Tchernoff; voir également Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n° 428.

Dans l'exercice de celle-ci, il est tout simplement justiciable du droit commun.

Le décret-loi du 8 août 1935 réglementant le démarchage, vise uniquement le démarcheur qui se rend habituellement au domicile des particuliers, autres que les banquiers et les officiers ministériels, où dans les lieux publics non réservés à cet effet, pour conseiller la souscription, l'achat, l'échange ou la vente des valeurs mobilières, ou une participation à des opérations sur ces valeurs.

32. — Un règlement d'administration publique, promulgué le 28 avril 1937, est venu compléter le décret du 8 août 1935. En vertu de l'article premier de ce règlement : « Peuvent seules avoir recours au démarchage en vue » d'opérations sur valeurs mobilières : 1° les banques » faisant partie depuis deux ans au moins d'organisations » syndicales professionnelles régulièrement constituées, com- » prenant vingt membres au moins et remplissant les » conditions fixées par l'article 2 du présent décret; 2° les » banques qui, ne faisant pas partie d'organisations syn- » dicales professionnelles dans les conditions fixées par » l'alinéa précédent, comptent plus de cinq années d'exis- » tence ininterrompue, et qui ont satisfait aux prescriptions » de l'article 3 du présent décret. »

Aux termes de l'article 2 de ce règlement : « Toute » organisation syndicale professionnelle, dont l'un ou plu- » sieurs des membres se proposent de recourir au démar- » chage en vue d'opérations sur valeurs mobilières, doit » accomplir les formalités suivantes : le représentant quali- » fié de l'organisation syndicale adresse au ministre des » finances une déclaration l'informant que ses membres » ont l'intention de recourir au démarchage. A cette décla- » ration sont joints, en double exemplaire, les statuts de » l'organisation syndicale professionnelle, avec la liste des » personnes qui en assurent l'administration ou la direction ; » l'énumération des banques qui en font partie et en ce qui

» concerne chacune d'elles une notice contenant les ren-
» seignements exigés soit par l'article 4 de la loi du 18 mars
» 1919 sur le registre du commerce pour une banque
» privée, soit par l'article 6 et par l'alinéa 1er de l'article 7
» de la dite loi pour une société. Le ministre des finances
» donne récépissé de cette déclaration. Les membres de
» l'organisation syndicale professionnelle ne peuvent avoir
» recours au démarchage en vue d'opérations sur valeurs
» mobilières, qu'après l'expiration du délai de trente jours,
» à partir de la date du dit récépissé. »

Enfin, en vertu de l'article 3 du règlement : « Toute
» banque visée au paragraphe 2 de l'article premier du
» présent décret doit, si elle veut recourir au démarchage
» en vue d'opérations sur valeurs mobilières, accomplir les
» formalités suivantes : le banquier ou, s'il s'agit d'une
» société, son représentant qualifié, pris parmi les per-
» sonnes responsables de sa gestion, adresse directement au
» ministre des finances la déclaration et les renseignements
» prévus, pour les banques, à l'article précédent. Le minis-
» tre des finances donne récépissé de cette déclaration.
» La banque ne peut recourir au démarchage qu'à l'expi-
» ration d'un délai de trente jours à partir de la date du dit
» récépissé. »

33. — En plus de la déclaration prévue par les articles 2 et 3 du règlement d'administration publique tout banquier, qui a recours au démarchage, doit préalablement déposer au parquet du procureur de la République de son siège social ou de ses succursales ou agences pour le personnel employé par elles, une déclaration écrite contenant les noms, adresses, état civil des personnes qu'il compte employer à cet effet[1].

34. — Tout démarcheur est tenu d'être porteur d'une

1. Article 6, alinéa 1, du décret du 8 août 1935.

carte d'emploi délivrée par un banquier, il ne peut en détenir qu'une seule. Le banquier ne pourra délivrer la carte d'emploi à ses démarcheurs qu'après l'expiration du délai de trois jours francs, à compter de la remise du récépissé de sa déclaration au parquet. Ne pourront en aucun cas obtenir la carte, les individus à qui l'exercice de la profession de banquier est interdit.

De plus, les personnes employées au démarchage devront être obligatoirement de nationalité française.

Il est interdit au démarcheur de proposer aux clients qu'il sollicite des opérations autres que celles pour lesquelles il a reçu des instructions expresses du banquier employeur[1].

35. — Pour toutes les opérations réglées par leur intermédiaire, les banquiers sont civilement responsables, dans les termes de l'article 1384 du Code civil, du dommage causé par la faute, l'imprudence ou la négligence de leurs démarcheurs agissant en cette qualité, lesquels sont considérés comme leurs préposés, nonobstant toute convention contraire[2].

36. — Est passible d'une amende de 300 à 500 francs le démarcheur qui ne restitue pas sa carte au banquier employeur dans les vingt-quatre heures de la demande qui lui en est faite par lettre recommandée et le banquier qui n'avise pas aussitôt le procureur de la République par lettre recommandée dans le délai de quinze jours de la non-restitution de cette carte.

Le décret prévoit également une amende de 500 à 5.000 francs sans que celle-ci, en cas de récidive, puisse être inférieure à 1.000 francs pour :

1° Tout banquier qui a recours au démarchage en négligeant de déposer préalablement au parquet sa décla-

1. Article 7 du décret du 8 août 1935.
2. Article 9 du décret du 8 août 1935.

ration ou en déposant préalablement une déclaration irrégulière.

2° Tout banquier qui a délivré la carte d'emploi à ses démarcheurs avant l'expiration du délai de trois jours francs, à compter de la remise du récépissé de sa déclaration.

3° Tout banquier qui, sur simple demande du parquet, formulée à cet effet, ne retire pas la carte à un de ses démarcheurs.

4° Tout banquier qui ne notifie pas au procureur de la République la modification effectuée aux indications contenues dans sa déclaration et le retrait de carte auquel il a procédé.

Enfin, le décret punit des peines prévues à l'article 405 du Code pénal : c'est-à-dire un emprisonnement d'un an au moins et de dix ans au plus, une amende de 1.000 francs au moins et de 50.000 francs au plus[1] et en outre l'interdiction des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal, pendant dix ans au plus, et l'interdiction de séjour pendant le même nombre d'années :

1° Les banques ayant recours au démarchage, sans remplir les conditions fixées par le règlement d'administration publique.

2° Le démarcheur qui n'est pas porteur d'une carte d'emploi délivrée par un banquier ou qui détient plusieurs cartes.

3° La personne qui a obtenu une carte, bien que l'exercice de la profession de banquier lui soit interdit.

4° Le démarcheur qui propose aux clients qu'il sollicite des opérations autres que celles pour lesquelles il a reçu des instructions expresses du banquier employeur.

1. L'alinéa 2 de l'article 405 est applicable ici selon nous.

Section III. — Rôle des banques dans la souscription : les syndicats d'émission.

§ 1. *Généralités.*

37. — La section précédente nous a donné un aperçu du rôle que jouent, dans la souscription d'actions, ces auxiliaires des banquiers que sont les démarcheurs. Nous allons maintenant essayer d'indiquer quel est le rôle des banquiers eux-mêmes dans cette opération.

Les banques modernes, en plus des opérations de banque ordinaires (lettres de crédit, dépôts de fonds, paiement de coupons, avances sur titres, escompte, location de coffres), s'occupent de toutes celles relatives aux valeurs mobilières et, en particulier, de la souscription de ces valeurs. En France, il existe une tendance à la spécialisation : ce sont, en général, les banques d'affaires qui s'occupent de la souscription d'actions, les établissements de crédit s'intéressant plus particulièrement à la souscription des obligations[1].

38. — Le plus souvent, au lieu d'avoir recours à un banquier unique pour les aider à placer leurs titres, les fondateurs ou la société qui augmente son capital s'adresseront à l'une de ces unions de banquiers que sont les syndicats d'émission. Mais toutes les unions de banquiers formées en vue de placer ou de souscrire des actions ne sont pas forcément des syndicats d'émission. Que faut-il entendre exactement par ces mots ?

« Il n'y a vraiment syndicat que lorsque plusieurs ban-
» ques — ou une ou plusieurs banques et des particuliers —
» concluent une convention en vue de se répartir les titres
» à souscrire ou à placer et de se partager, lorsque chacune
» aura accompli sa part de la tâche commune, les bénéfices

1. J. Escarra, *Principes de droit commercial*, t. VI, n° 803.

» de la souscription ou du placement ou la charge des titres » non placés[1]. »

39. — On distingue, dans la pratique, plusieurs sortes de syndicats suivant le rôle joué par ces derniers, ce rôle est défini par l'acte syndical — convention conclue entre tous les participants — et surtout par le contrat d'émission ou de placement, c'est-à-dire par le contrat signé entre la société émettrice et le syndicat[2].

Un syndicat peut d'abord avoir uniquement pour objet le placement des actions ou d'une partie des actions d'une émission, c'est-à-dire être, en réalité, uniquement le mandataire ou le commissionnaire de la société émettrice. Sa fonction consistera à chercher des souscripteurs pour les titres nouveaux. Pour prix de ses services, il touchera une commission dite commission de placement.

Mais l'objet d'un syndicat peut être tout autre : ce sera notamment la prise ferme d'un paquet d'actions ou de toutes les actions d'une émission et leur réalisation. Le syndicat souscrira d'abord les titres, puis les réalisera dans sa clientèle. Aucune commission ne lui sera allouée par la société; pour obtenir une rémunération, il devra s'arranger pour vendre les actions à un cours supérieur à celui de leur souscription.

Enfin, un syndicat peut être constitué pour la garantie du placement d'une partie ou de tous les titres d'une société en voie de formation ou d'une augmentation de capital. Le syndicat s'efforcera, ici, d'effectuer le placement intégral de toutes les actions et, s'il n'y réussit pas, il devra souscrire les titres non placés. Sa commission sera composée de deux parties, la première destinée à rémunérer le placement et la seconde destinée à compenser le risque de la garantie. Ces deux parties devront être indiquées séparé-

1. J. Escarra, *Principes de droit commercial*, t. VI, n° 873.
2. J. Escarra, *op. cit.*, t. VI, n° 811.

ment dans l'acte syndical, car tous les participants n'auront pas forcément la même part dans le placement et dans la garantie[1].

40. — Les syndicats ne sont pas illicites, bien qu'ils ne soient visés par aucune disposition légale. Il résulte d'une jurisprudence constante que la formation, même clandestine, d'un syndicat n'est pas un dol[2] : un syndicat ne sera annulé en justice pour cause de dol que s'il présente un caractère frauduleux[3]. La jurisprudence s'est également refusée à voir dans un syndicat honnête une coalition prévue et punie par l'article 419 du Code pénal[4] ou une négociation d'actions d'une société non encore constituée et passible de l'article 14 de la loi du 24 juillet 1867[5].

41. — Quelle est la nature juridique du syndicat? Il semble, à la suite d'un premier examen, que le syndicat soit une société commerciale non publiée, plus exactement une commandite par intérêt non publiée[6]; mais cette opinion ne résiste pas à une étude plus approfondie[7]. En effet, en premier lieu, on est obligé de constater dans le syndicat l'absence totale de fonds social. Prenons l'exemple le plus courant : celui d'un syndicat de prise ferme[8]. La mise de chaque participant n'est pas versée à une masse commune, formée pour donner au syndicat la possibilité d'acheter les actions en son nom. Elle sert à acheter, pour le compte de son propriétaire, les titres qui doivent lui revenir. De plus, le syndicat reste dans l'ombre, il est inconnu des tiers, aucune formalité de publicité ne viendra leur faire connaître son

1. J. Escarra, *op. cit.*, t. VI, n° 815.
2. Le Roy, *Les syndicats d'émission*, p. 200.
3. Trib. com. Seine, 23 janvier 1924, D. H. 1924.346.
4. Le Roy, *op. cit.*, p. 204.
5. Le Roy, *op. cit.*, p. 206.
6. Le Roy, *op. cit.*, p. 176 et suiv.
7. Le Roy, *op. cit.*, p. 178.
8. Note Levillain sous Paris, 9 février 1888, D. P. 1890.2.265.

existence. Quelquefois, les participants s'engagent directement et personnellement vis-à-vis de la société; mais la plupart du temps, le syndicat nomme un gérant dont le rôle est très étendu. Celui-ci traite avec la société, soit comme mandataire des membres, soit — et c'est de beaucoup le cas le plus fréquent — en son nom personnel.

Comme on le voit, le syndicat possède tous les caractères d'une association en participation (art. 47 et suiv. du Code de commerce, rédaction de la loi du 24 juin 1921).

42. — « Il en résulte que si, en principe, chaque associé » demeure propriétaire de son apport, c'est à la condition » qu'il ne s'en dessaisisse pas en le remettant en vue d'une » opération sociale entre les mains du gérant de la parti- » cipation, remise qui a pour effet, par suite de l'inexistence » de personnalité juridique de l'association, d'un fonds » social et en l'absence de stipulation à l'acte de propriété » indivise, de rendre forcément le gérant propriétaire exclu- » sif de l'apport du participant, principalement s'il consiste » en argent, et de constituer l'associé créancier du gérant[1]. »

En particulier, dans l'hypothèse d'un syndicat de prise ferme — cas le plus fréquent — si l'acte syndical ne contient aucune stipulation de propriété indivise et si des versements ont été faits au gérant en vue d'achats de titres ou de parts qu'il a effectués en son propre nom, le gérant est propriétaire exclusif de ces titres ou parts jusqu'au moment où ceux-ci seront répartis entre les participants[2]. Est-ce à dire que la société pourra s'adresser uniquement à lui pour la libération des quarts supplémentaires? Evidemment, à moins que celui-ci n'ait transmis les droits résultant de sa souscription, conformément à l'article 36 du Code de commerce ou à l'article 1690 du Code civil[3].

Dans le cas de formation d'une société anonyme, si le

1. Paris, 9 janvier 1932, *J. S.*, 1935, 424.
2. Paris, 9 janvier 1932, précité.
3. Paris, 12 décembre 1934, *J. S.*, 1935, 495.

syndicat est preneur ferme de toutes l'émission et si le gérant souscrit seul et en son nom personnel, il sera nécessaire, pour satisfaire à l'article 23 de la loi du 24 juillet 1867, exigeant un minimum de sept actionnaires, de faire souscrire au moins une action à six personnes différentes qui, avec le gérant, porteront à sept le nombre des souscripteurs.

Si les membres du syndicat souscrivent personnellement, le versement devra être effectué en l'acquit de chacun des souscripteurs individuellement[1].

§ 2. *Partage des bénéfices et de la charge des actions non placées entre les syndicataires.*

43. — L'acte syndical lie entre eux tous les syndicataires. Cet acte consistera le plus souvent dans un écrit signé de tous les membres ou dans un ensemble de lettres de ces derniers. Il contiendra tous les renseignements voulus sur l'objet du syndicat, la commission de banque et les rapports des adhérents entre eux, notamment la façon dont seront répartis les bénéfices et les pertes. Cette répartition ne donnera lieu à aucune difficulté si le syndicat joue uniquement le rôle d'intermédiaire ou est preneur ferme d'une partie ou de toutes les actions.

Le syndicat est uniquement un intermédiaire : dans ce cas, il touchera une commission de placement; chaque membre aura droit à une partie de cette commission égale à la partie du nombre total des actions qu'il s'est efforcé de placer.

Lorsqu'il est preneur ferme le syndicat, nous le savons, ne touche pas de commission. Il souscrit les titres — la plupart du temps par l'entremise de son gérant — et les répartit ensuite entre ses membres qui les vendront dans leur clientèle ou les conserveront en portefeuille.

1. Crim., 4 mai 1933, *J. S.*, 1933, 547.

En revanche, la situation est plus complexe si le syndicat a garanti l'émission. Les deux parties de la commission : celle qui est relative au placement et celle qui a trait à la garantie, devront, nous le savons, être indiquées séparément dans l'acte syndical afin qu'on puisse savoir ce qui revient à chaque participant, car chaque syndicataire n'aura pas forcément la même part dans le placement et dans la garantie. De plus, un des articles de l'acte devra être consacré à la manière dont seront réparties les actions non placées. Les deux modes de répartition les plus connus sont le syndicat « à la lyonnaise » et le syndicat « à la parisienne ». Dans le syndicat « à la lyonnaise », tout participant souscrit les titres qu'il n'a pas pu placer jusqu'à concurrence de sa part, dans le syndicat « à la parisienne » lorsque des actions n'ont pu être placées, elles sont réparties proportionnellement entre tous les membres[1].

44. — Prenons un exemple : Un syndicat formé entre quatre banques B, B' B'', B''', a garanti le placement de 50.000 actions émises par une société en voie de formation ou à la suite d'une augmentation de capital. Envisageons d'abord le cas le plus simple, celui où les syndicataires ont la même part dans le placement et dans la garantie. Par exemple :

La première banque B s'occupe du placement de 8.000 actions et le garantit.

La deuxième banque B' s'occupe du placement de 11.000 actions et le garantit.

La troisième banque B'' s'occupe du placement de 14.000 actions et le garantit.

La quatrième banque B''' s'occupe du placement de 17.000 actions et le garantit.

Sur 8.000 actions B réussit à en placer 7.300, soit 8.000 — 7.300 = 700 actions non placées.

1. Le Roy, *Les syndicats d'émission*, p. 117 et suiv.

Sur 11.000 actions B' réussit à en placer 9.200, soit 11.000 — 9.200 = 1.800 actions non placées.

Sur 14.000 actions B'' réussit à en placer 12.100 soit 14.000 — 12.100 = 1.900 actions non placées.

Sur 17.000 actions B''' réussit à en placer 14.400 soit 17.000 — 14.400 = 2.600 actions non placées.

Il y a donc 7.300 + 9.200 + 12.100 + 14.400 = 43.000 actions placées et 50.000 — 43.00 = 7.000 actions non placées.

Occupons-nous d'abord de savoir quelle sera la partie de la commission touchée par chacune des quatre banques :

B touchera les $\frac{8.000}{50.000} = \frac{8}{50}$ de la commission.

B' en touchera les $\frac{11.000}{50.000} = \frac{11}{50}$

B'' en touchera les $\frac{14.000}{50.000} = \frac{14}{50}$

B''' en touchera les $\frac{17.000}{50.000} \quad \frac{17}{50}$

Comment vont être répartis les titres non placés ?

Si le syndicat est un syndicat « à la lyonnaise » :

B souscrira aux 8.000 — 7.300 = 700 actions qu'elle n'a pas pu placer.

B' souscrira aux 11.000 — 9.200 = 1.800 actions qu'elle n'a pas pu placer.

B'' souscrira aux 14.000 — 12.100 = 1.900 actions qu'elle n'a pas pu placer.

B''' souscrira aux 17.000 — 14.400 = 2.600 actions qu'elle n'a pas pu placer.

Si le syndicat est un syndicat « à la parisienne » :

La banque B souscrira aux $\frac{8.000}{50.000}$ des 7.000 actions

non placées, c'est-à-dire à $\frac{8.000}{50.000} \times 7.000 = 1.120$ actions

La banque B' souscrira à $\frac{11.000}{50.000} \times 7.000 = 1.540$ actions.

La banque B'' souscrira à $\frac{14.000}{50.000} \times 7.000 = 1.960$ actions.

La banque B''' souscrira à $\frac{17.000}{50.000} \times 7.000 = 2.380$ actions.

Envisageons maintenant le cas où les syndicataires n'ont pas la même part dans le placement et dans la garantie.

Par exemple :

La banque B s'occupe du placement de 8.000 actions et ne garantit rien.

La banque B' s'occupe du placement de 11.000 actions et ne garantit rien.

La banque B'' s'occupe du placement de 14.000 actions et garantit le placement de 18.000.

La banque B''' s'occupe du placement de 17.000 actions et garantit le placement de 32.000.

Comme précédemment B ne peut pas placer 700 actions, B' 1.800, B'' 1.900, et B''' 2.600, ce qui fait 7.000 actions non placées.

Quelle sera la partie de la commission touchée ici par chacune des quatre banques ?

B touchera les $\frac{8.000}{50.000} = \frac{8}{50}$ de la commission de placement.

B' touchera les $\frac{11.000}{50.000} = \frac{11}{50}$ de la commission de placement.

B'' touchera les $\frac{14.000}{50.000} = \frac{14}{50}$ de la commission de placement.

et les $\frac{18.000}{50.000} = \frac{9}{25}$ de la commission de garantie.

B''' touchera les $\frac{17.000}{50.000} = \frac{17}{50}$ de la commission de placement et les $\frac{32.000}{50.000} = \frac{16}{25}$ de la commission de garantie

Comment vont être répartis entre B'' et B''' les titres non placés ? Ici le mode de répartition de beaucoup le plus simple sera le syndicat « à la parisienne ».

B'' souscrira à $\frac{18.000}{50.000} \times 7.000 = 2.520$ actions.

B''' souscrira à $\frac{32.000}{50.000} \times 7.000 = 4.480$ actions.

45. — Des contestations s'élèveront quelquefois entre les membres d'un syndicat au sujet de la répartition des bénéfices et des pertes. Elles devront être soumises aux juridictions commerciales. En effet, les opérations effectuées par un syndicat sont des actes de commerce par nature, en vertu de l'article 632, alinéa 4 du Code de commerce, réputant acte de commerce toute opération de change, banque et courtage. Il en résulte que les syndicats ont un caractère commercial. Les tribunaux de commerce sont

donc compétents pour toutes les contestations entre les participants[1].

§ 3. *Responsabilité du syndicat.*

N° 1. — Responsabibité civile.

46. — Le syndicat sera responsable dans la très grande majorité des cas dans la personne de son gérant. Nous avons déjà vu (V. *supra*, n° 41) que la plupart du temps, c'était le gérant qui traitait avec la société en son nom personnel; vis-à-vis du public, il en est de même. Le plus souvent le syndicat a une nature occulte : le gérant est l'unique signataire des prospectus; le placement est bien effectué, en général, par les syndicataires, mais ceux-ci se comportent, vis-à-vis du public, exactement comme si le syndicat n'existait pas et, par conséquent, comme s'ils n'en faisaient pas partie[2]. Ce n'est guère que dans le cas où le gérant traite comme mandataire des membres que ceux-ci seront engagés solidairement.

47. — Quel sera le genre de la responsabilité civile du gérant, encourue à l'occasion de la souscription : La responsabilité du gérant signataire du prospectus, vis-à-vis d'un souscripteur trompé par les inexactitudes de ce prospectus, sera contractuelle (art. 10 du décret du 8 août 1935, réglementant le démarchage). Le gérant se verra fréquemment appliquer les textes du droit commun, notamment les articles 1382 et 1384 du Code civil. Le gérant qui emploie des démarcheurs pourra se voir opposer l'article 9 du décret du 8 août 1935 réglementant le démarchage. La personne lésée par une infraction pénale du gérant, notamment une de celles que nous verrons (V. *infra*

1. Le Roy, *Les syndicats d'émission*, p. 197 et suiv.
2. Le Roy, *op. cit.*, p. 403 et suiv.

chap. VIII)[1], pourra déclencher l'action civile. La responsabilité du gérant fondateur, à qui la nullité de la société est imputable, sera basée sur l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867.

N° 2. — Responsabilité pénale

48. — La responsabilité pénale du gérant du syndicat sera engagée à l'occasion de la souscription si celui-ci accomplit une infraction et notamment une de celles que nous avons rencontrées (V. *supra* n^os^ 13, 18, 21, 29 et 36), ou une de celles dont nous parlerons plus loin (V. *infra*, chap. VIII).

Rappelons que les infractions rencontrées au chapitre premier et dans celui-ci sont celles prévues par l'article 13 de la loi du 24 juillet 1867, l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907, le décret-loi du 8 août 1935 créant au profit des actionnaires un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital, et le décret-loi du 8 août 1935 réglementant le démarchage. Les infractions dont nous parlerons plus loin sont celles prévues par l'article 15-2° et 3° de la loi du 24 juillet 1867, ainsi que le délit d'escroquerie (art. 405 du Code pénal).

49. — On s'est demandé si l'article 419 du Code pénal[2] pouvait s'appliquer aux syndicats. Cette question était résolue autrefois par la négative par la jurisprudence. Mais depuis la loi du 3 décembre 1926, qui a modifié l'article 419, la situation n'est plus la même. Ce texte peut certainement s'appliquer aujourd'hui aux syndicats. En vertu de cet article, seront punis d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 2.000 à 100.000 francs tous

1. La personne lésée par une infraction aux dispositions de l'article 3 de la loi du 30 janvier 1907 pourra déclencher l'action civile; v. Crim., 29 décembre 1923, D. P. 1924.75.

2. V. Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n^os^ 124 et suiv.; Rousselet et Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, n° 51.

ceux : 1° qui, par des faits faux ou calomnieux semés sciemment dans le public, par des offres jetées sur le marché à dessein de troubler les cours, par des suroffres faites aux prix que demandaient les vendeurs eux-mêmes, par des voies aux moyens frauduleux quelconques; 2° ou qui, en exerçant ou tentant d'exercer, soit individuellement, soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande; auront, directement ou par personne interposée, opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises ou des effets publics ou privés.

Section IV. — La commission de la banque.

50. — La commission de banque est-elle régulière? Oui, sans aucun doute, si elle constitue le dédommagement d'un service rendu.

Cependant, dans notre hypothèse — souscription d'actions — l'octroi d'une commission ne sera possible que s'il est conforme aux prescriptions de la loi du 24 juillet 1867, relatives à la souscription intégrale du capital social, au versement du premier quart et au blocage des fonds.

L'alinéa 2 de l'article premier (rédaction du décret-loi du 31 août 1937) de la loi du 24 juillet 1867 est ainsi conçu : « Elles (les sociétés en commandite par actions et en vertu » de l'article 24 de la même loi, les sociétés anonymes) » ne peuvent être constituées qu'après la souscription de la » totalité du capital social et le versement en espèces par » chaque actionnaire d'un quart au moins du montant des » actions ou coupures d'actions souscrites par lui. » Cette disposition se traduit pratiquement par l'interdiction d'émettre des actions au-dessous du pair.

L'article premier (rédaction du décret-loi du 31 août 1937) continue avec les alinéas 6 et 7 : « Les fonds provenant

» des souscriptions en espèces sont déposés, pour le compte » de la société en formation, à la Caisse des dépôts et consi- » gnations ou chez un notaire, avec la liste des souscrip- » teurs et l'indication des sommes versées par chacun d'eux. » Le retrait des fonds provenant des souscriptions en » espèces s'opérera sur la signature du gérant de la société » ou de son mandataire, contre remise d'une copie certifiée » par lui du procès-verbal de l'assemblée ou des assemblées » constitutives. »

51. — L'application des alinéas 6 et 7 de l'article premier (rédaction du décret-loi du 31 août 1937) de la loi du 24 juillet 1867 n'entraîne pas — dans le cas qui nous occupe — de difficultés. Il résulte tout simplement de ce texte que la commission ne pourra être payée qu'après la constitution définitive de la société ou la réalisation de l'augmentation de capital; solution qui était généralement admise par la jurisprudence avant le décret-loi du 31 août 1937.

Au contraire, la remise d'une commission de banque se concilie parfois difficilement avec l'interdiction d'émettre des actions au-dessous du pair. Signalons, d'abord, que, d'après une jurisprudence constante, la commission peut être payée avec les fonds du premier quart. Envisageons maintenant, successivement, les différentes hypothèses susceptibles de se présenter.

52. — Supposons, en premier lieu, que le syndicat soit le mandataire de la société; le placement des actions représente, sans aucun doute, de sa part, un service rendu. D'un autre côté, les souscripteurs effectuent les souscriptions au pair. Rien ne s'oppose donc à ce qu'une commission lui soit accordée.

53. — Il est possible également que le syndicat soit preneur ferme, c'est-à-dire souscripteur de toutes les actions. Y a-t-il service rendu ? La question est discutable.

Peut-on considérer que le souscripteur, si on lui attribue une commission, effectue sa souscription au pair? Certainement pas. Dès lors, la première question perd tout intérêt. De toute façon, aucune commission ne doit être allouée au syndicat.

La chambre criminelle de la Cour suprême a fait application de ce principe, affirmé du reste par une jurisprudence constante, dans un de ses arrêts, en date du 15 mai 1936[1].

Voici le texte de l'arrêt :

« La Cour,

» Sur le moyen unique, pris de la violation des articles 1, » 2, 3, 13, 24 de la loi du 24 juillet 1867 et 7 de la loi du » 20 avril 1810, en ce que l'arrêt attaqué aurait considéré » comme ayant violé la constitution d'une société anonyme, » le paiement des commissions fait par la société à des » souscripteurs d'actions, alors que, d'une part, le verse- » ment du premier quart avait été régulièrement effectué » et que, d'autre part, l'arrêt ne constate pas que le paie- » ment des commissions dont il s'agit ne correspondait pas » à un service rendu à la société; — Attendu que des énon- » ciations tant de l'arrêt attaqué que du jugement dont » l'arrêt s'est approprié les motifs, il résulte que les deman- » deurs au pourvoi ont, en décembre 1927, créé une société » anonyme, dite Société du Casino des Fleurs de Beaulieu- » sur-mer, au capital de 7.500.000 francs, divisé en 15.000 » actions de 500 francs chacune; que l'arrêt déclare que » deux commissions, l'une de 30.000 francs, l'autre de » 25.000 francs, ont été, par personnes interposées, payées » à deux souscripteurs pour lesquels elles constituaient une » réduction de 5% sur le prix des actions par eux sous- » crites; — Attendu qu'en l'état de ces constatations, qui » impliquent que les commissions dont il s'agit ne repré- » sentaient pas la rémunération légitime d'un service rendu

1. Cass., 15 mai 1936, *J. S.*, 1937, 536.

» à la société, mais masquaient une souscription d'actions » au-dessous du taux d'émission, c'est à bon droit que la » Cour d'appel, sans rechercher si les autres prescriptions » des articles 1 et 3 de la loi du 24 juillet 1867 avaient été » respectées, a décidé que le fait par les demandeurs » d'avoir émis des actions d'une société dont le capital » n'avait pas été intégralement souscrit constitue le délit » prévu par l'article 13 de la loi précitée ; — D'où il suit que » le moyen ne saurait être acueilli ; — Et attendu que l'arrêt » est régulier en la forme ; — Rejette. »

Faut-il déduire, par argument *a contrario* des termes de l'arrêt, que si les souscripteurs avaient rendu un service à la société, une commission aurait pu leur être payée ? Evidemment non, comme nous venons de le voir, une commission payée à un souscripteur aurait pour effet la violation des prescriptions de la loi du 24 juillet 1867, relatives à la souscription intégrale et au versement du quart.

54. — Le syndicat peut, enfin, nous le savons, garantir la souscription de la totalité des titres. En plaçant les actions et en garantissant la souscription de celles qu'il ne pourra pas placer, celui-ci rend évidemment service à la société. Ce service sera rémunéré par une commission de placement et une commission de garantie. La commission de placement, nous l'avons vu (V. *supra*, n° 52), est licite. En est-il de même de la commission de garantie ?

Nous n'hésiterons pas à répondre à cette question par l'affirmative, car nous estimons que l'octroi de cette commission n'a pas pour résultat une souscription au-dessous du pair. Le syndicat, en effet, au moment où cette commission lui est attribuée, est un tiers ; ce n'est que plus tard qu'il sera éventuellement appelé à devenir souscripteur. Cependant une partie de la doctrine[1] se refuse à considérer comme licite la commission de garantie, mais cet avis est

1. Thaller, *Rapport au congrès jur. intern. des sociétés par actions*, de Bruxelles, de 1910, t. II, p. 9 ; Le Roy, *Les syndicats d'émission*, p. 228.

loin d'être unanimement partagé, car plusieurs auteurs[1] et la jurisprudence[2] en général, la tiennent avec raison pour légitime. Quoi qu'il en soit, devant ces divergences, la tendance actuelle est d'accorder au syndicat un chiffre à forfait sur les titres souscrits non par lui, mais par sa clientèle.

55. — Le Tribunal de commerce de la Seine a eu à trancher la question précédente dans un de ses jugements, en date du 23 décembre 1935[3]. La partie des attendus relative à la commission de banque est ainsi conçue :

« Le Tribunal,

» Attendu que G... et l'Union industrielle et commerciale » requièrent ce tribunal de déclarer nulle l'augmentation » de capital de la société défenderesse du 16 novembre 1933 ; » que G... demande le paiement de la somme de 5.000 francs » de dommages-intérêts à titre provisionnel ; — Attendu » que les demandeurs exposent et font plaider différentes » causes de nullité : 1° .....; 2°.....; 3°. qu'une commis- » sion de 10% sur le capital aurait été versée à un établis- » sement financier, qui s'était chargé de garantir l'émission, » qu'ainsi, il aurait touché sur la partie de capital souscrit » par lui-même cette quote-part ; que les actions lui auraient » donc été attribuées à 10% au-dessous du pair ; — Mais » attendu qu'il ressort des débats que l'établissement » créancier dont s'agit n'était pas actionnaire avant l'assem- » blée du 16 novembre 1933, qui a constaté l'augmentation » de capital ; que la convention d'une commission de 10% » intervenue antérieurement avec cet établissement, rétri- » buant ainsi le service rendu par la garantie de l'augmen- » tation de capital dont la « Société des mines de Falémé-

1. Notamment : Houpin et Bosvieux, note sous n° 632 du *Traité général des sociétés*, 6e édit.

2. V. notamment : Seine, 25 novembre 1909, *J. S.*, 1911, 457.

3. Trib. com. Seine, 23 décembre 1935, *J. S.*, 1938, 232. Voir note H. Lecompte.

» Gambie » avait un besoin urgent, était donc une dette de » la société née avant l'augmentation de capital, envers un » tiers et non envers un actionnaire; qu'à l'unanimité, » moins un actionnaire représentant 110 voix, le conseil » d'administration avait reçu les pouvoirs les plus étendus » par l'assemblée du 19 juin 1933 pour convenir de la com- » mission de garantie; que l'« Union industrielle et commer- » ciale de France » représentant 2.857 voix, avait approuvé » cette résolution, dont elle demande aujourd'hui la nul- » lité; que si le taux de 10% de la commission atteint la » limite d'une rémunération raisonnable, le tribunal, eu » égard à la situation précaire de la « Compagnie des mines » de Falémé-Gambie », trouve dans les faits de la cause les » éléments d'appréciation suffisants pour dire que cette » commission n'était pas un moyen subtil et détourné » d'attribuer un avantage particulier à un actionnaire » éventuel; qu'il convient ainsi de déclarer qu'après le ver- » sement du premier quart, qui consacrait l'exécution de » son contrat, l'établissement financier pouvait légitime- » ment faire une compensation partielle entre le solde de » la souscription et la créance non contestée, résultat de sa » commission; qu'en conséquence, les actions n'ont pas été » attribuées au-dessous du pair; que, dès lors, le troisième » grief soulevé par les défendeurs ne saurait être retenu; » 4°.....; 5°.....; — Par ces motifs, d'office à l'égard des » défaillants, déclare G... et l'« Union industrielle et com- » merciale » mal fondés en leurs demandes à toutes fins » qu'elles comportent; les en déboute respectivement et » condamne chacune des parties, par les voies de droit aux » dépens de l'instance. »

Le Tribunal de commerce de la Seine consacre donc, dans ce jugement, l'opinion considérant la commission de garantie comme licite. Il convient de noter que le tribunal, pour déclarer la commission légitime, ne se borne pas à constater qu'elle constitue une dette de la société née avant l'augmentation de capital envers un tiers et non envers un

actionnaire. Il invoque plusieurs autres raisons : le conseil d'administration avait reçu les pouvoirs les plus étendus pour convenir de cette commission ; un des demandeurs en nullité avait approuvé cette résolution ; le taux de la commission atteignait la limite d'une rémunération raisonnable ; eu égard à la stipulation précaire de la société, elle n'était pas un moyen subtil et détourné d'attribuer un avantage particulier à un actionnaire éventuel.

56. — Si le gérant du syndicat ou le banquier unique est un des fondateurs de la société, la commission est alors un avantage particulier, elle est sujette à la vérification prévue à l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867[1].

57. — Dans le cas d'augmentation de capital, si le gérant du syndicat ou le banquier est en même temps administrateur de la société, il faudra tenir compte de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867. Ce texte est ainsi rédigé : « Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés, aux termes du paragraphe précédent. »

D'autre part, en ce qui concerne les sociétés régies par le décret du 14 juin 1938 (entreprises d'assurances et de capitalisation) un décret du 30 décembre 1938 a modifié l'article 40 en y ajoutant un deuxième alinéa ainsi conçu : « Il est, » chaque année, rendu à l'assemblée générale, un compte » spécial de l'exécution des marchés, entreprises, traités » ou opérations commerciales ou financières par elle auto- » risés, aux termes du précédent alinéa. Ce compte rendu » spécial doit faire l'objet d'un rapport des commissaires. »

1. Paris, 14 juin 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.244.

Section V. — Faillite de la banque.

§ 1. *Faillite de la banque dépositaire provisoire des fonds provenant des souscriptions.*

58. — Chaque actionnaire est tenu, nous le savons, de verser, au moment de la souscription, un quart au moins du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui.

En vertu de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867, alinéas 6 et 7 (rédaction du décret-loi du 31 août 1937), rappelons-le : « Les fonds provenant des souscriptions en » espèces sont déposés, pour le compte de la société en for- » mation, à la Caisse des dépôts et consignations ou chez » un notaire, avec la liste des souscripteurs et l'indication » des sommes versées par chacun d'eux. Le retrait des » fonds provenant des souscriptions en espèces s'opèrera » sur la signature du gérant de la société ou de son man- » dataire, contre remise d'une copie certifiée par lui du » procès-verbal de l'assemblée ou des assemblées consti- » tutives. » Dans la plupart des cas, les fonds seront déposés chez un notaire et, notamment, chez celui chargé de rédiger la déclaration de souscription et de versement. Remarquons que ces mesures laissent complètement de côté la question pourtant importante de la date du dépôt, ce qui permet, dans la pratique, de retarder celui-ci jusqu'à la déclaration de souscription et de versements[1]. C'est là le principal reproche que l'on peut faire aux dispositions précédentes.

59. — Quel est, en réalité, depuis ce nouveau texte, le sort des fonds versés entre la souscription et la déclaration notariée[2] ? Trois hypothèses sont possibles :

1. V. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, n° 21.
2. V. H. Bosvieux, *J. S.*, 1938, 17.

La première est celle où les souscripteurs déposent les fonds immédiatement à l'étude où doit avoir lieu le dépôt. Elle est plutôt rare, parce que, il faut bien le reconnaître, assez souvent d'une réalisation difficile.

La seconde est la suivante : les souscripteurs donnent les fonds à un des fondateurs, au gérant de la commandite ou au conseil d'administration qui les gardent jusqu'à la fin de la souscription et les déposent ensuite chez le notaire.

Dans la troisième hypothèse, les souscripteurs versent les fonds dans une banque agissant au nom de la société et qui, la souscription une fois terminée, les versera à son tour à l'étude. Quelle va être la situation en cas de faillite de la banque avant l'envoi par celle-ci des fonds au dépositaire ? La société va, d'une part, produire à la faillite au marc le franc pour le chiffre des sommes encaissées par la banque et, d'un autre côté, elle va se voir, aussi bien dans le cas de constitution de société que dans celui d'une augmentation de capital, assigner par les souscripteurs qui vont lui demander la livraison des actions.

§ 2. *Faillite de la banque commissionnaire du souscripteur.*

60. — Nous avons affaire ici à une éventualité assez fréquente : une personne souscrit par l'intermédiaire d'une banque et cette dernière tombe en faillite avant d'avoir livré les actions à son client. Celui-ci pourra-t-il exiger du syndic représentant la masse des créanciers la remise des titres ? Avant de répondre à cette question, il nous semble nécessaire de préciser plusieurs points : d'abord celui du rôle de la banque : elle est ici le commissionnaire de son client : « La différence essentielle entre le mandat et » la commission réside en ce que le commissionnaire conclut » l'affaire en son propre nom, tandis que le mandataire » opère au nom et dans l'intérêt de son mandant[1]. » Ensuite,

1. Cour de Grenoble, 25 juillet 1931, *J. S.*, 1932, 413.

celui de savoir à quel titre le client va pouvoir réclamer les actions. Le commettant ne possède aucun privilège, c'est donc uniquement sa condition de propriétaire qui lui permettra d'être mieux traité que les créanciers chirographaires.

61. — Dans les attendus d'un jugement du 5 mars 1931[1], le tribunal de commerce de Grenoble nous indique les conditions nécessaires pour que la revendication aboutisse : « Pour exercer la revendication, il faut nécessairement être » propriétaire des objets revendiqués, et une double preuve » est ainsi à la charge du revendiquant; il doit d'abord » prouver que le failli a entre les mains les objets dont lui, » le revendiquant, était propriétaire, il doit ensuite démon- » trer que les objets retrouvés chez le failli sont bien les » mêmes que ceux lui appartenant au moment où le failli » les a reçus en dépôt. »

Le souscripteur devra donc prouver[2] :

1° Que le failli a entre les mains les titres revendiqués, c'est-à-dire prouver que le banquier a transmis l'ordre de souscription.

2° Qu'il est devenu propriétaire de ces titres au moment où le failli les a reçus en dépôt, c'est-à-dire prouver qu'à ce moment-là le banquier les lui a attribués individuellement. Si cette attribution n'est pas faite, ces titres restent une chose de genre.

3° Prouver que les titres retrouvés chez le failli sont bien les mêmes que ceux lui appartenant au moment où le failli les a reçus en dépôt.

La preuve peut se faire ici par tous les moyens. Elle résultera, par exemple, de l'inscription faite par la banque du nom du client sur un titre ou sur une étiquette jointe au titre[3], ou d'un certificat délivré par la banque à son client[4].

1. Trib. com. Grenoble, 5 mars 1931, *J. S.*, 1932, 413.
2. V. article de M. L. Mazeaud, *J. S.*, 1932, 385.
3. Trib. com. Grenoble, précité.
4. Req., 3 novembre 1936, *J. S.*, 1937, 542.

CHAPITRE III

RESULTAT DE LA SOUSCRIPTION

Section I. — Règle de la souscription intégrale.

§ 1. *Cas d'une constitution de société.*

62. — La souscription doit être intégrale. Une société en commandite par actions, en effet, ne peut être constituée qu'après la souscription de la totalité du capital social[1]. Il en est de même pour une société anonyme[2]. Le chiffre du capital social nous est donné par les statuts, la notice prévue par la loi du 30 janvier 1907, le prospectus de placement et le bulletin de souscription.

Les avantages de cette règle sont évidents. Les souscripteurs ont, maintenant, la certitude de voir la société posséder les sommes indispensables à sa bonne marche. Leur situation se trouve grandement améliorée. Il en est de même de celle des tiers, rassurés désormais sur l'exactitude du capital publié.

63. — La règle de la souscription intégrale entraîne des conséquences importantes :

1° Les sociétés par actions ne peuvent pas émettre leurs titres par séries successives, ce qu'elles faisaient auparavant. Toutefois, rien ne les empêche, après leur constitu-

1. Article 1er de la loi du 24 juillet 1867, alinéa 2.
2. Article 24 de la loi du 24 juillet 1867, alinéa 1.

tion définitive, d'effectuer les augmentations de capital désirables.

2° Les sociétés ne peuvent plus dédommager les participants à la fondation de la société avec des actions de prime entièrement libérées, émises à cet effet, et cela même lorsque ces actions n'entrent pas en ligne de compte pour le calcul du capital social.

3° Une autre conséquence importante est l'interdiction d'émettre des actions au-dessous du pair, c'est-à-dire au-dessous du montant nominal de l'action (par exemple : émettre une action à 100 francs, alors que son montant est de 150 francs). Nous avons vu précédemment, dans le chapitre consacré au placement des titres montant de la souscription (V. *supra*, n° 53), qu'une commission allouée à un souscripteur avait pour résultat une souscription au-dessous du pair. Au contraire, une émission au-dessus du pair est régulière. La différence entre le prix de l'action et son montant nominal est appelée prime. Ce genre d'émission est beaucoup plus fréquent dans le cas d'une augmentation de capital que dans celui d'une constitution de société.

§ 2. *Cas d'une augmentation de capital.*

64. — Les augmentations de capital sont soumises aux dispositions de la loi du 24 juillet 1867, ayant trait aux constitutions de sociétés. Ici comme dans le cas précédent, la souscription doit donc être intégrale. Le chiffre de l'augmentation de capital est donné par les statuts ou par l'assemblée générale extraordinaire. Assez souvent ce chiffre ne sera qu'un maximum. Le conseil aura alors toute latitude pour choisir le chiffre de l'émission qui obéira à la seule condition d'être inférieur ou égal à celui imposé. Toutefois, ce choix devra être obligatoirement effectué par une délibération spéciale, antérieure à l'ouverture de la souscription. Le chiffre adopté figurera évidemment sur la notice de la loi de 1907, les prospectus de placement

et les bulletins de souscription. Il est possible également que le conseil ait été autorisé à effectuer une augmentation de capital par tranches successives. Il devra alors fixer l'importance de chaque tranche par une délibération spéciale antérieure à l'ouverture de la souscription. La notice de la loi de 1907, le prospectus de placement et le bulletin de souscription mentionneront naturellement le chiffre choisi[1]. D'autre part, après la clôture de la souscription de chaque tranche, le conseil devra faire la déclaration de souscription et de versements et remplir les formalités de publicité postérieures à celle-ci.

65. — Rappelons que les émissions avec prime sont beaucoup plus fréquentes dans le cas d'une augmentation de capital que dans celui d'une constitution de société[2].

« La prime d'émission n'est ni un produit du patrimoine » social, ni un fruit de l'exploitation du fonds; elle ne » présente donc pas les caractères d'un bénéfice réalisé par » la société, mais, sortie du patrimoine individuel des nou- » veaux associés pour enrichir celui de la société, lui fournir » un supplément de ressources et servir à développer ses » moyens d'action, elle apparaît comme un apport supplé- » mentaire fait par les associés, dont la société devient » propriétaire, dont elle peut disposer et qu'il lui est loi- » sible de consommer; — d'autre part, cet apport est exigé » des nouveaux associés en raison et en proportion de » l'accroissement de valeur que l'effort des anciens action- » naires a procuré au fonds social; cette contribution sup- » plémentaire, qu'ils fournissent en entrant dans la société, » a pour but et pour effet de les placer immédiatement vis-à- » vis des anciens associés sur un pied d'égalité dans les » sacrifices pécuniaires et, en conséquence, de permettre » de leur reconnaître des droits égaux aux distributions

1. V. Paris, 3 novembre 1933, *J. S.*, 1935, 304, et note H. Lecompte.
2. Sur la prime d'émission, v. notamment J Vandamme, *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions*, thèse, Paris, 1928.

» futures de dividendes et de réserves et au partage de » l'actif social ; ce résultat ne peut être obtenu sans qu'il en » résulte de préjudice pour les anciens actionnaires que si » l'apport des nouveaux est d'une valeur censément égale » à la portion de droit qu'ils acquièrent sur la part d'actif » existante qui est susceptible de revenir à l'ensemble des » actionnaires et accroît cette part[1]. »

Section II.
Différents résultats possibles pour une souscription.

§ 1. *Souscription non intégrale.*

N° 1. — Cas d'une constitution de société

66. — Supposons que la souscription ne soit pas intégrale, il en résulte que la société ne peut pas être constituée. N'oublions pas, cependant, que si le capital fixé n'a pas été dépassé, un certain nombre de personnes ont fait confiance à la future société et ont souscrit chacune un ou plusieurs titres. L'état de choses précédent aura évidemment pour elles des conséquences importantes : une souscription, en effet, est subordonnée à la condition que le capital sera souscrit en totalité. Si cette condition ne se réalise pas, chaque souscripteur est libéré de plein droit de son engagement[2].

67. — Cependant, la société pourra être régulièrement constituée avec un capital plus petit que celui fixé et égal au capital recueilli, si tous les souscripteurs y consentent. A défaut de cette décision unanime, l'engagement des souscripteurs sera *ipso facto* résolu[3].

1. Paris, 24 février 1931, *J. S.* 1931, 222.
2. Trib. com. de Lyon, *J. S.* 1933, 701.
3. Trib. com. de Paris, *J. S.* 1940, 217.

De même, le fait que la souscription n'est pas intégrale n'empêche pas, si les statuts, la notice de la loi de 1907, le prospectus de placement et le bulletin de souscription le permettent, la formation de la société avec un capital égal au chiffre des souscriptions réunies.

N° 2. — Cas d'une augmentation de capital

68. — La souscription n'est pas intégrale. Il en résulte que l'augmentation de capital est inexistante[1]. Si l'émission aboutit à un échec, l'augmentation de capital ne pourra pas, en effet, être réalisée avec le capital obtenu sur une simple décision du conseil. Comme dans le cas de constitution de société, cette opération nécessitera le consentement de tous les souscripteurs. Cependant, l'augmentation de capital pourra être également effectuée avec un capital recueilli inférieur à celui projeté, si la notice de la loi de 1907, le prospectus de placement et le bulletin de souscription le permettent.

§ 2. *Souscription intégrale.*

N° 1. — Cas d'une constitution de société

69. — La plupart du temps, l'émission a réussi. La souscription est donc intégrale, la société va pouvoir être constituée.

Il est possible que le montant des souscriptions soit égal à celui du capital fixé. Cette éventualité se produit lorsqu'un syndicat de prise ferme ou un syndicat de garantie s'est chargé de l'émission. Le problème de la répartition des titres ne se pose alors pas.

Mais il n'en est pas de même lorsque le montant des

1. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 919; Rouen, 4 janv. 1911, *J. S.* 1912, 59.

souscriptions est plus grand que celui du capital. Une réduction sera alors nécessaire. Les statuts, le prospectus de placement et le bulletin de souscription indiqueront quelquefois un procédé suivant lequel elle sera faite. A défaut de celui-ci, on effectuera une réduction proportionnelle. Celle-ci épargnera seulement les souscripteurs d'une seule action.

Prenons un exemple : les souscriptions portent sur 5.000 actions, alors que le capital se compose de 4.000. Supposons qu'il y ait 1.000 souscripteurs d'une seule action. Le problème se résumera à la répartition de (4.000 — 1.000) = 3.000 actions parmi les souscripteurs de (5.000 — 1.000) = 4.000 actions demandées. Chaque souscripteur aura droit aux $\frac{3.000}{4.000}$ des actions souscrites par lui, c'est-à-dire aux trois quarts.

Rappelons que le versement du deuxième quart s'effectue généralement au moment de la répartition.

N° 2. — Cas d'une augmentation du capital

70. — Lorsque l'augmentation de capital a réussi, le problème de la répartition des actions se pose d'une toute autre façon que précédemment. Il est ici beaucoup plus compliqué par suite de l'existence du droit préférentiel de souscription créé au profit des actionnaires par un décret-loi du 8 août 1935[1], venu consacrer et compléter les règles suivies antérieurement par la pratique (V. *supra* n^os^ 20 et 21). Ce droit est obligatoire et ne peut être écarté que par l'assemblée générale délibérant aux conditions

1. V. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, n^os^ 327 et suiv.; Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n^os^ 341 et suiv.; Rousselet et Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, n^os^ 439 et suiv.; Dalsace, *Rev. Soc.*, 1939, 81; Association nationale des sociétés par actions (A. N. S. A.), février 1936, p. 25.

fixées par les articles 5 et suivants du décret précité. Nous n'avons pas l'intention de l'étudier dans ce bref exposé, car il nécessite à lui seul l'objet d'une étude complète. Nous en examinerons seulement les conséquences au point de vue de la répartition des actions.

71. — D'après l'article premier de ce décret: « Nonobs-» tant toute disposition contraire des statuts, les action-» naires ont, proportionnellement au montant de leurs » actions, un droit de préférence à la souscription des » actions de numéraire émises pour réaliser une augmenta-» tion de capital. Ce droit est négociable, dans les mêmes » conditions que l'action elle-même, pendant la durée de » la souscription. Le délai réservé aux actionnaires pour » souscrire à une augmentation de capital, réalisée par » émission d'actions de numéraire, ne peut jamais être » inférieur à quinze jours[1]. »

D'après l'article 2 du décret : « Ce délai court à dater de » l'insertion dans un journal d'annonces légales du siège » social d'un avis faisant connaître aux actionnaires leur » droit préférentiel, la date d'ouverture et la date de clôture » de la souscription, ainsi que le taux d'émission des » actions[2]. »

D'après l'article 4 du décret : « Si certains actionnaires » n'ont pas souscrit les actions pour lesquelles les disposi-» tions ci-dessus leur donnaient un droit de préférence, » les actions ainsi rendues disponibles seront attribuées aux » actionnaires qui auront souscrit un nombre d'actions » supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre préfé-» rentiel, proportionnellement à leur part dans le capital, » et dans la limite de leurs demandes. »

1. En vertu de l'article 15, alinéa 2 du décret du 29 novembre 1939 (V. *Journal officiel* du 17 décembre 1939, p. 13996), pendant la durée des hostilités ce délai ne pourra être inférieur à un mois.

2. Toutefois, pendant la durée des hostilités (art. 15, al. 2 du décret du 29 novembre 1939 précité), ce délai prendra cours au plus tôt le lendemain de la dernière en date des insertions obligatoires (V. *supra*, note 3 sous n° 20).

L'article premier crée, au profit des actionnaires, le droit de souscription à titre irréductible et l'article 4 le droit de souscription à titre réductible[1].

Remarquons que l'actionnaire effectue les deux souscriptions — celle à titre irréductible et celle à titre réductible — simultanément dans le même bulletin, et que cette souscription doit avoir lieu dans le délai fixé. A l'expiration du délai, un état des souscriptions est dressé, et c'est sur cet état qu'est fondée la répartition.

72. — Nous pourrons donc avoir trois hypothèses différentes.

D'abord, celle où tous les actionnaires ont souscrit le nombre d'actions leur revenant en vertu de leur droit de préférence, ont obtenu satisfaction, et où, par suite, le capital a été entièrement couvert par les souscriptions à titre irréductible. Cette hypothèse est rare parce que difficilement réalisable.

Prenons le cas le plus simple : le nombre des actions anciennes et celui des actions nouvelles sont égaux. Ici le problème est évidemment immédiatement résolu, une action nouvelle sera attribuée au souscripteur propriétaire d'une action ancienne. Mais la plupart du temps, la solution est beaucoup plus compliquée sinon impossible ; supposons, en effet, qu'une société au capital de 170.000 francs divisé en 1.700 actions de 100 francs procède à une augmentation de capital de 30.000 francs. Trois actions nouvelles seront attribuées au souscripteur propriétaire de dix-sept actions anciennes et 2,1176 actions nouvelles, c'est-à-dire en réalité deux actions, seront attribuées au souscripteur propriétaire de douze actions anciennes. L'opération se traduira donc, pour ce dernier, par la perte du droit de souscrire à 0,1176 actions nouvelles à moins qu'un acheteur ne se présente, au cas évidemment où ce droit serait

1. Voir article de M. Charron, *J. S.* 1939, 4.

négociable. C'est ce que l'on désigne sous le nom de perte des rompus.

Comme on le voit, bien que tous les actionnaires aient souscrit à titre irréductible au moins le nombre de titres auquel ils avaient droit, la perte des rompus empêchera fréquemment la souscription d'une partie des actions.

73. — La plupart du temps, certains actionnaires ne souscrivent pas toutes les actions pour lesquelles l'article premier du décret du 8 août 1935 leur donne un droit de préférence. Bien mieux, d'autres ne souscrivent pas du tout à titre irréductible et cela pour des motifs variés : l'affaire ne présente pas d'intérêt pour eux; ils ne possèdent pas momentanément les fonds nécessaires; en dépit des formalités de publicité et, notamment, de celles dont nous avons parlé au chapitre premier, section III, et que nous venons de mentionner un peu plus haut, ils n'ont pas été avertis de l'augmentation de capital. Si on ajoute à toutes ces raisons la perte des rompus, on comprendra facilement qu'un certain nombre d'actions va se trouver disponible.

74. — Les anciens actionnaires vont donc souscrire maintenant à titre réductible. Le plus souvent, et c'est là notre deuxième hypothèse, le capital appelé est entièrement couvert par les souscriptions des actionnaires à titre irréductible et à titre réductible. Ici encore, toute les actions sont donc attribuées aux anciens actionnaires.

Lorsque la répartition des titres souscrits en vertu du droit de préférence sera terminée, comment va s'effectuer entre les actionnaires celle des actions souscrites à titre réductible[1] ? La réponse nous est fournie par l'article 4 du décret : proportionnellement à leur part dans le capital et dans la limite de leurs demandes.

Prenons un exemple : une société au capital de 2 mil-

1. V. article de M. Charron, *J. S.* 1939, 6.

lions 500.000 francs divisé en 25.000 actions procède à une augmentation de capital, en émettant 75.000 actions nouvelles de 100 francs. Après la souscription à titre irréductible, 35.000 actions restent à attribuer à titre réductible. La répartition aura lieu sur la base de sept actions nouvelles pour cinq anciennes. Le propriétaire d'une action ancienne aura droit à une action nouvelle. Supposons qu'au lieu de 35.000, le nombre des actions disponibles après la souscription à titre irréductible soit seulement de 15.000. Ces actions seront alors attribuées à titre réductible au souscripteur sur la base de trois actions nouvelles pour cinq anciennes. Il faudra au moins deux actions anciennes pour avoir droit à une nouvelle. Les propriétaires d'une seule action seront éliminés.

Est-ce que la totalité des actions disponibles pourra être attribuée aux actionnaires en une seule répartition ? Généralement non. La plupart du temps, en effet, le nombre d'actions demandé par les souscripteurs n'est pas égal à celui auquel leur donne droit leur part dans le capital. L'un demandera quatre actions disponibles alors qu'il pourrait prétendre à dix, six actions seront donc laissées libres ; et inversement, un autre à qui ses actions anciennes permettraient de recevoir seulement six titres nouveaux en voudra neuf. Après une première répartition on se trouvera donc en présence, d'une part de titres non encore attribués, et, d'autre part, d'actionnaires n'ayant pas été contentés. On sera alors dans l'obligation d'en effectuer une deuxième, puis une troisième s'il y a encore des actions disponibles. On ne s'arrêtera que lorsque tous les titres auront été attribués. Toutes ces répartitions seront, évidemment réalisées conformément à l'article 4 du décret[1]

75. — La troisième hypothèse est la suivante : les

1. V. article de M. Charron, *J. S.* 1939, 8; et article de M. Caquas, *J. S.* 1936, 436.

actionnaires ont usé de leur droit de préférence et du droit de souscrire à titre réductible. Cependant, le capital fixé n'a pas été atteint[1]. On fera alors appel à des souscripteurs non actionnaires qui souscriront les titres dont n'ont pas voulu les actionnaires. Nous sortons alors ici du domaine du décret. Les titres seront répartis la plupart du temps comme dans le cas d'une constitution de société.

1. V. article de M. Charron, *J. S.* 1939, 8; et article de H. Caquas, *J. S.* 1936, 436.

CHAPITRE IV

NATURE JURIDIQUE DE LA SOUSCRIPTION

Section I. — Cas d'une constitution de société.

76. — La souscription est un acte très important et ses conséquences seront différentes suivant qu'on l'analyse de telle ou telle façon. Il est donc nécessaire de préciser sa nature juridique. Cependant, avant d'aborder directement ce sujet, il nous paraît utile de rappeler quelles sont les personnes physiques ou morales susceptibles d'intervenir à la souscription.

§ 1. *Personnes susceptibles d'intervenir à la souscription.*

77. — Ces personnes sont, d'une part, les fondateurs et la société en formation, et de l'autre évidemment les souscripteurs. Passons-les en revue successivement.

78. — Qu'est-ce au juste qu'un fondateur? Dans ses articles 1, 24, 25, 42 la loi du 24 juillet 1867 se contente d'employer le mot fondateur, sans s'expliquer plus abondamment à son sujet. Aussi, la Cour de cassation dans la première partie de son arrêt du 1er juillet 1930[1] a-t-elle été amenée à préciser ce qu'il fallait entendre par fondateur :

« La Cour,

1. Civ., 1er juillet 1930, *J. S.* 1931, 209.

» Sur le premier moyen : Vu l'article 42 de la loi du » 24 juillet 1867, modifié par l'article 5 de la loi du 1er août » 1893 : Attendu que si la qualité de fondateurs d'une » société anonyme, au sens de l'article 42 de la loi du » 24 juillet 1867, peut être reconnue à tous ceux qui ont » concouru à l'organisation et à la mise en mouvement de » la société, ce n'est qu'à la condition que la nature de ce » concours permette de leur attribuer une part d'initiative » dans les actes qui ont abouti à la création de l'entreprise, » sous sa forme sociale, ou qu'ils aient prêté en connais- » sance de cause aux véritables promoteurs de la société » une coopération assez directe, assez étroite et assez » constante pour qu'elle implique d'elle-même une accepta- » tion consciente des responsabilités inhérentes à la consti- » tution du corps social ; — Attendu que... »

Dans la deuxième partie de son arrêt, la Cour fait application de ce principe ; l'arrêt continue :

« Attendu que, sans s'expliquer suffisamment à cet » égard l'arrêt se borne à constater, d'une part, que D... » avait, en novembre 1908, remis à G..., dans le but de lui » faciliter les démarches, avances de commissions et » diverses dépenses occasionnées par la constitution de la » société, d'abord une somme de 20.000 francs, et ensuite » une somme de 10.000 francs pour les besoins de la société » en formation ; d'autre part, que D... s'était engagé à » rétrocéder à G... une propriété dont la possession était » indispensable pour le bon fonctionnement de la société ; — Mais attendu qu'à défaut de toutes autres circonstances, » lesquelles eussent relevé de l'appréciation souveraine du » juge de fait, on ne saurait déduire des seules constata- » tions qui précèdent, ni que D... ait joué dans l'organisa- » tion et la mise en mouvement de la société le rôle de fon- » dateur, ni que l'annulation de la société, prononcée pour » infraction aux articles premier, 2, 3, 4, 34 de la loi du » 24 juillet 1867, lui soit imputable ; — Par ces motifs, et » sans qu'il y ait lieu de statuer sur le deuxième moyen, » casse... »

Le tribunal correctionnel de la Seine a fait également application du même principe, dans un de ses jugements du 11 juillet 1933[1] : une personne s'était intitulée, avec raison du reste, apporteur dans les statuts et l'acte notarié. Le tribunal a déclaré qu'elle possédait aussi la qualité de fondateur : cette personne, en effet, avait eu un rôle essentiel dans la création de la société, quelqu'un s'était engagé envers elle à la constituer, et de plus, elle avait pris une part prépondérante dans toutes les opérations préliminaires, en faisant partout des démarches, en fournissant à tous les renseignements avant de souscrire, en rédigeant elle-même une notice non seulement technique, mais financière.

D'autre part, la jurisprudence attribue la qualité de fondateurs à ceux qui sont à l'origine de la société, à ceux qui ont rédigé et signé les statuts, et elle estime qu'il n'est pas nécessaire d'être actionnaire pour être fondateur[2]. Signalons, enfin, qu'une société en commandite par actions aura le plus souvent le gérant comme fondateur.

79. — En ce qui concerne la société en formation, on constate deux tendances différentes. Les premiers estiment que jusqu'à sa constitution définitive, et aussi bien dans les rapports entre souscripteurs et fondateurs qu'envers les tiers, la société n'a pas de personnalité juridique[3]. Les seconds, au contraire, pensent que la société en voie de constitution a une personnalité juridique intérieure, créant un lien de droit entre elle et les souscripteurs, mais inopposable aux tiers[4].

80. — Enfin, rappelons que le souscripteur est « une per-

1. Trib. corr. de la Seine, 11 juillet 1933, *J. S.* 1933, 694.
2. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 678.
3. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 611; Trib. com. de Lyon, 10 décembre 1930, *J. S.* 1932, 487.
4. Thaller, Thaller et Pic v. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, note 2 sous n° 611.

sonne qui se porte preneur d'une ou de plusieurs actions dont le montant est payable en espèces[1] ».

§ 2. *Problème de la nature juridique de la souscription.*

81. — Pour ce problème, diverses réponses sont évidemment proposées. Cependant, la presque totalité de celles-ci admet, avec raison du reste, que la souscription est un contrat synallagmatique. Des divergences ne se produisent que sur la question de savoir quels sont les contractants et en quelle qualité ils agissent.

Presque tout le monde est donc d'accord pour voir dans la souscription un contrat. Toutefois, il nous faut noter que l'unanimité n'est pas complète. Une opinion assez récente estime, en effet, que la souscription est une promesse unilatérale irrévocable. La source de l'obligation du souscripteur à l'égard de la société serait uniquement une expression de sa propre volonté. Nous pensons que cette thèse se heurte à deux graves objections : en premier lieu, d'un avis général, l'entente de deux volontés est nécessaire pour créer une obligation. De plus, l'article premier, alinéa 4, de la loi du 24 juillet 1867 (rédaction du décret-loi du 31 août 1937) nous dit bien : « Le contrat de souscription... » ce qui coupe court à toute discussion. La souscription est donc un contrat; il nous reste à examiner entre qui il est passé.

82. — D'après une partie de la doctrine, la société en formation n'ayant pas, jusqu'à sa constitution définitive, de personnalité juridique, la souscription serait un contrat synallagmatique conclu entre, d'un côté, les fondateurs stipulant comme les gérants d'affaires de la société future (art. 1121 C. civ.) et, d'un autre, le souscripteur[2]. Cette façon de voir nous semble la plus juste. Il nous paraît, en

1. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 621.
2. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n°s 611 et 654.

effet, difficile d'admettre, en l'absence de toute disposition légale, que la société en voie de constitution a une personnalité juridique intérieure. Une jurisprudence constante est, du reste, en ce sens[1].

Le fondateur agira comme gérant d'affaires de la société future, et stipulera pour elle. Il contractera des engagements en son nom personnel et d'autres au nom de la société projetée. Quant au souscripteur, en contractant avec le fondateur, il s'obligera vis-à-vis de la société future.

83. — Cette manière de voir n'est, évidemment, pas exempte de toute critique. La première consistera à faire remarquer que la stipulation pour une personne future est un acte très discutable. C'est un fait, en effet, que jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence, se basant sur l'article 906 du Code civil, considérait comme illicites les stipulations faites pour des personnes futures. Quoi qu'il en soit, un tel acte n'est plus contestable aujourd'hui depuis la loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance[2]. Enfin, une seconde critique consistera à rappeler que tout stipulant possède le droit de révocation, ce qui n'est pas le cas ici. C'est exact; mais nous devons penser que le fondateur est, non seulement un stipulant, mais encore un gérant d'affaires, et, en tant que tel, toute révocation lui est interdite.

Section II. — Cas d'une augmentation de capital.

84. — Les divergences rencontrées précédemment au sujet de la nature juridique de la souscription provenaient surtout du fait que, au moment de la souscription, la société n'était pas constituée. Or, dans le cas d'une augmentation

1. Trib. com. de Lyon, 10 décembre 1930, *J. S.* 1932, 487; v. également Trib. civ. de la Seine, 26 octobre 1926, D. P. 1927.2.56; Trib. com. de la Seine, 2 mars 1935, *Gaz. Pal.* 1935.1.613.
2. Loi du 13 juillet 1930, article 63.

de capital, la société est constituée. Le problème de la nature juridique est donc ici beaucoup plus facile à résoudre. La souscription est évidemment un contrat synallagmatique conclu entre, d'un côté, le représentant qualifié de la société et, d'un autre, le souscripteur.

CHAPITRE V

LE CARACTERE DE LA SOUSCRIPTION. CONSEQUENCE

Section I. — La souscription acte de commerce.

85. — La souscription est-elle un acte civil ou un acte de commerce ? Cette question, qui n'est plus guère discutée aujourd'hui, a été à l'ordre du jour, il y a environ une cinquantaine d'années, à la suite de la position prise par Buchère[1] et Thaller[2], en faveur du caractère civil de la souscription, et d'un arrêt de la Cour de Bordeaux[3] dans le même sens, alors que la solution opposée était soutenue par la Cour de cassation. Celle-ci, en effet, a toujours considéré la souscription comme un acte de commerce. Quoi qu'il en soit, la controverse a beaucoup perdu de son intérêt aujourd'hui, car la jurisprudence et la doctrine se sont ralliées presque unanimement à l'avis de la Cour suprême[4].

86. — Sur quoi se basent ceux qui voient dans la souscription un acte civil ? La souscription, soutiennent-ils, n'est pas un acte de commerce par nature : en premier lieu elle n'est pas mentionnée dans la liste donnée par les articles 632 et suivants du Code de commerce ; enfin, elle ne présente

1. Buchère, *Annales de droit commercial*, 1888, 2e partie, p. 157 et suiv.
2. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, nos 333 et 334.
3. Bordeaux, 22 mars 1893, *J. S.* 1893, 460.
4. V. note Levillain sous Paris, 31 janvier 1908, D. P. 1909.2.257.

pas tous les caractères de l'acte de commerce par nature, dégagés par la doctrine des articles précédents, car si on peut à la rigueur voir dans la souscription un acte de spéculation, il est impossible de la considérer comme un acte d'intermédiaire. Seule est un acte de commerce par nature, la souscription effectuée en vue d'une revente avec bénéfice ; or, cette hypothèse est un cas tout à fait particulier, la plupart du temps la souscription est effectuée comme placement. La souscription, affirment encore les tenants de la nature civile de celle-ci, n'est pas non plus un acte de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire, car elle n'est pas un acte effectué par un commerçant pour les besoins de son commerce.

87. — Qu'opposent à ces objections ceux qui voient dans la souscription un acte de commerce ? Ils considèrent, eux aussi, que la souscription n'est pas un acte de commerce par nature car, d'une part, elle n'est pas mentionnée dans la liste des articles 632 et suivants du Code de commerce et, d'autre part, elle n'est pas un acte d'intermédiaire. Mais ils estiment, avec raison, que celle-ci est un acte de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire[1].

Le fondement légal de la théorie de l'accessoire est l'article 632, alinéa 7, réputant actes de commerce toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers. On en a déduit qu'était un acte de commerce tout acte effectué par un commerçant pour les besoins de son commerce. D'un autre côté, tout le monde est d'accord pour voir un acte civil dans l'acte accompli par un tiers non commerçant pour les besoins du commerce d'une autre personne, par exemple dans le prêt consenti à un commerçant pour l'aider dans ses affaires. Or, quelle est ici la situation du souscripteur ? Qu'est-ce exactement que la souscription ? Le souscripteur est engagé envers la société et envers les créanciers

1. V. note Levillain sous Paris 31 janvier 1908, D. P. 1909.2.257.

sociaux jusqu'à concurrence du montant de sa souscription. Il a droit tous les ans à une fraction des bénéfices, et au moment de la dissolution de la société, une partie du fonds social lui revient. De plus, il prend part à la gestion de la société : il a le droit, en effet, d'assister aux assemblées générales et d'un autre côté en souscrivant il donne mandat au gérant ou au conseil d'administration de faire des actes de commerce pour le compte de celle-ci. En un mot, vis-à-vis des tiers, comme vis-à-vis de la société, c'est un associé. Qu'est-ce alors que la souscription ? Quel est le caractère de cet acte capital au point de vue commercial, car il est à l'origine soit de la société, soit de l'augmentation de capital de cette société ? Est-ce un acte accompli par un tiers non commerçant pour les besoins du commerce d'une autre personne ? Non, c'est un acte effectué par un associé pour les besoins du commerce de la société, c'est, de plus, une convention entre associés. Il serait donc paradoxal de ne pas y voir, étant donné le fondement légal de la théorie de l'accessoire, un acte de commerce.

Section II. — Conséquence du caractère de la souscription : compétence du tribunal de commerce.

88. — Dans quelles circonstances les tribunaux sont-ils appelés, en général, à trancher la question du caractère de la souscription ? Assez souvent, c'est à la suite d'une action intentée par la société contre un souscripteur[1], ou inversement par un souscripteur contre la société[2]. Pour résoudre le problème de la compétence, des décisions de justice se sont alors basées sur la nature commerciale ou civile de la souscription[3]. Aller invoquer dans cette hypothèse le

1. Paris, 31 janvier 1908, D. P. 1909.2.257; Trib. com. Charleville, D. P. 1923.2.127.
2. Bordeaux, 22 mars 1893, *J. S.* 1893.460.
3. Paris, 31 janvier 1908, précité; Bordeaux, 29 mars 1893, précité.

fait que la souscription est un acte de commerce ou un acte civil, pour justifier ou rejeter la compétence des tribunaux consulaires, est cependant tout à fait superflu, car celle-ci découle tout simplement de l'article 631-2° du Code de commerce ainsi rédigé : « Les tribunaux de commerce » connaîtront : 1°.....; 2° des contestations entre associés, » pour raison d'une société de commerce[1] »;

89. — Signalons un arrêt de la Cour de Paris[2] qui, après avoir déclaré, à tort du reste comme nous venons de le voir, la souscription acte civil, n'en décide pas moins, avec raison, que le tribunal de commerce est compétent, en vertu de l'article 631-2°. Cet arrêt est aussi intéressant à un autre point de vue, car il considère l'incompétence du juge civil des référés comme absolue en matière commerciale et, par suite, comme pouvant être invoquée pour la première fois en appel même si l'ordonnance a été exécutée. Sur ce point, d'ailleurs, la jurisprudence est divisée. A la même époque, la Cour suprême a rendu un arrêt[3] où elle considère l'incompétence du juge des référés pour connaître des affaires commerciales comme relative et, par suite, comme devant être proposée *in limine litis*.

90. — Lorsqu'une action est intentée contre un souscripteur par un créancier de la société, quelle est la juridiction compétente ? Pour se décider en faveur du tribunal de commerce on ne peut invoquer ici que l'article 631-3°, ainsi rédigé : « Les tribunaux de commerce connaîtront : » 1°.....; 2°.....; 3° de celles (des contestations) relatives » aux actes de commerce entre toutes personnes. » La compétence du tribunal de commerce est donc bien ici, une conséquence du caractère commercial de la souscription[4].

1. V. note Levillain sous Paris 31 janvier 1908, D. P. 1909.2.257.
2. V. Paris, 16 juin 1922, D. P. 1923.2.179 et note.
3. Civ., 17 mai 1922, D. P. 1922.1.185.
4. V. note Levillain précitée.

CHAPITRE VI

PREUVE DE LA SOUSCRIPTION

Section I. — Preuve de la souscription avant le décret-loi du 31 août 1937.

91. — Jusqu'à ces derniers temps, plus exactement jusqu'au 31 août 1937, aucun texte ne réglementait la preuve du contrat de souscription. Dans cette matière, il y avait donc lieu de se référer au droit commun.

La souscription étant un contrat commercial, sa preuve était donc régie, non par l'article 1341 du Code civil, mais par l'article 109 du Code de commerce, c'est-à-dire que la souscription pouvait être prouvée dans tous les cas par tous les moyens : écrits, témoignages, présomptions, et la preuve par témoins ou présomptions était reçue contre et outre le contenu aux actes[1].

92. — La souscription résultait, par exemple, du fait de figurer sur une liste de souscriptions d'assister à la deuxième assemblée constitutive et de se reconnaître sur la feuille de présence souscripteur d'un certain nombre d'actions[2], d'un bulletin de souscription signé et du versement par le signataire d'une partie du prix des actions[3], d'un bulletin

1. V. Req., 25 octobre 1899, D. P. 1899.1.560.
2. Trib. com. Seine, 29 novembre 1883, *J. S.* 1886, 247.
3. V. Bordeaux, 3 mars 1884, *Journal des arrêts de la Cour de Bordeaux*, 1884, p. 193; et Trib. com. Charleville, 9 novembre 1921, D. P. 1923.2.127.

de souscription informe et de l'inscription sur la liste des souscripteurs déposée chez le notaire sans qu'aucune protestation s'élève de la part de la personne inscrite[1].

Par contre, il a été jugé que la souscription ne résultait pas d'une lettre demandant des actions à laquelle il avait été répondu par une circulaire, alors que l'auteur de la lettre prétendait ne pas avoir reçu cette circulaire et que la preuve contraire n'était pas faite[2]. Il a été jugé également que la souscription ne résultait pas non plus d'une lettre laissée sans réponse, envoyée par un banquier chargé du placement des actions d'une société à un de ses clients, et l'avisant qu'il avait été porté sur la liste des souscripteurs et que le versement du premier quart avait été effectué pour lui[3].

Section II. — Preuve de la souscription après le décret-loi du 31 août 1937.

93. — Le décret-loi du 31 août 1937 a opéré ici une réforme radicale, en rendant le bulletin de souscription obligatoire. En vertu des nouveaux alinéas 4 et 5 de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867 (rédaction du décret-loi du 31 août 1937) : « Le contrat de souscription doit être » constaté par un bulletin de souscription signé du sous- » cripteur ou de son mandataire et mentionnant :

» 1° La raison sociale de la société;

» 2° Le siège social;

» 3° L'indication sommaire de l'objet social;

» 4° La référence, en cas d'émission par voie d'appel au public, au *Bulletin des annonces légales obligatoires* où a été publiée la notice exigée par la loi du 30 janvier 1907;

» 5° Le montant du capital en souscription, précisant la

1. Paris, 18 mars 1887, D. P. 1888.2.129.
2. Paris, 11 janvier 1854, D. P. 1854.2.139.
3. Civ., 25 mai 1870, D. P. 1870.1.257.

part du capital représenté par des apports en nature et la part du capital à réaliser en espèces ;

» 6° Le lieu où sont versés les fonds provenant de la souscription ;

» 7° La date du dépôt des statuts au greffe par application de l'alinéa 3 ci-dessus.

» Un exemplaire du bulletin sur papier libre doit être » laissé au souscripteur et mention de cette remise doit » figurer au bulletin de souscription. »

94. — Analysons les différentes parties de ce texte. Et tout d'abord, quels sont la portée et le sens exact de la première phrase ? Il importe, en effet, de savoir si le bulletin de souscription est exigé *ad solemnitatem* ou *ad probationem*[1]. Il semble bien résulter de la signification courante du mot constater et de la comparaison de notre texte avec les articles 91 et 109 du Code de commerce, où le mot constater a le sens de prouver, que le bulletin de souscription n'est simplement imposé que pour la preuve de l'acte[2].

95. — Envisageons maintenant, successivement, les différentes mentions que doit contenir le bulletin de souscription.

La première est la raison sociale de la société. Dans le cas d'une société anonyme, ce sera naturellement la dénomination de la société.

Les mentions numéros 2 et 3, relatives au siège social et à l'indication sommaire de l'objet social, présentent un intérêt évident.

La quatrième mention, ayant trait à la référence, en cas d'émission par voie d'appel au public, au *Bulletin des annonces légales obligatoires* où a été publiée la notice exigée par la loi du 30 janvier 1907, incitera le souscrip-

1. V. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, n° 19.
2. V. Solus, *op. cit.*, n° 19.

teur à prendre connaissance des énonciations de la notice qui ne figurent pas dans le bulletin : indication de la législation (française ou étrangère) sous le régime de laquelle fonctionne la société, durée de la société, taux de chaque catégorie d'actions et capital non libéré, dernier bilan certifié pour copie conforme ou mention qu'il n'en a pas été dressé encore, avantages stipulés au profit des fondateurs et des administrateurs, du gérant ou de toute autre personne, apports en nature et mode de rémunération de ces apports, modalités de convocation aux assemblées générales et lieu de réunion de ces assemblées. Malheureusement bien des souscripteurs ne savent où se procurer le *B. A. L. O.*[1].

La cinquième mention se rapporte au montant du capital en souscription, précisant la part du capital représenté par des apports en nature et la part du capital à réaliser en espèces : cette mention aurait gagné à être plus détaillée, et à signaler, par exemple, l'existence de catégories d'actions jouissant de droits différents, et les modalités et époques des appels de fonds[2].

La mention numéro 6 est, nous l'avons vu, la suivante : « Le lieu où sont versés les fonds provenant de la sous-» cription. » Ces fonds ne peuvent être versés, nous le savons, que dans des lieux bien déterminés : à la Caisse des dépôts et consignations ou chez un notaire, avec la liste des souscripteurs et l'indication des sommes versées par chacun d'eux. Rappelons que, dans la plupart des cas, le dépôt s'effectuera chez le notaire chargé de rédiger la déclaration de souscription et de versements.

Enfin, le bulletin mentionnera, en dernier, la date du dépôt des statuts au greffe. La lecture de cette mention rappellera d'abord au souscripteur que les statuts sont déposés au greffe du tribunal de commerce du siège social

1. V. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, n° 17.
2. V. H. Bosvieux, *J. S.* 1938, 12.

où il pourra ainsi aller prendre tous les renseignements complémentaires sur la société. Elle lui indiquera, ensuite, le point de départ du délai de six mois au bout duquel, en cas de non-constitution de la société, il pourra demander en référé au président du tribunal de commerce la nomination d'un administrateur chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs[1]. Dans le cas d'une augmentation de capital, le bulletin mentionnera, non pas la date du dépôt des statuts, mais celle du dépôt au greffe du procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire ou de la gérance ou du conseil d'administration, constatant cette augmentation de capital[2].

Enfin, le bulletin de souscription devra être signé du souscripteur ou de son mandataire. Si la souscription a lieu par mandataire, une procuration sous seing privé ou authentique devra être jointe au bulletin.

96. — Il nous reste, maintenant, à analyser le contenu de l'alinéa 5 de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867 : « Un exemplaire du bulletin sur papier libre doit être laissé » au souscripteur et mention de cette remise doit figurer » au bulletin de souscription »; « un exemplaire du bulletin » sur papier libre... », nous dit le texte, en effet, le bulletin est rédigé sur papier timbré au timbre de dimension (actuellement papier timbré à 6 francs), et le texte continue : « un exemplaire du bulletin sur papier libre doit être laissé » au souscripteur... ». Cette mesure est prise en faveur du souscripteur, pour le préserver contre les agissements éventuels de ceux qui tenteraient, après sa souscription, de modifier le contenu du bulletin. Le bulletin doit être évidemment identique à cet exemplaire. Quelles vont être les conséquences de la non-identité des deux pièces ? Le bulletin ne pourra pas être invoqué comme preuve de l'engagement

1. Loi du 24 juillet 1867, article 1er, alinéa 8 nouveau (Décr. 31 août 1937).
2. V. H. Bosvieux, *J. S.* 1938, 34.

du souscripteur[1]. Enfin, le texte de l'alinéa 5 se termine par cette phrase: « ...et mention de cette remise doit figurer » au bulletin de souscription », mesure évidemment prise dans l'intérêt du souscripteur et destinée à l'inciter au moment de la signature du bulletin à réclamer un exemplaire sur papier libre, s'il ne l'a pas déjà reçu.

97. — On voit qu'il existe une notable différence entre les dispositions du décret-loi du 31 août 1937, relatives au bulletin, et celles de l'article 1325 du Code civil, malgré les grandes ressemblances que semblent, à première vue, présenter les deux textes. Aux termes de l'article 1325 : « Les » actes sous seing privé qui contiennent des conventions » synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont » été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant » un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les » personnes ayant le même intérêt. Chaque original doit » contenir la mention du nombre des originaux qui en ont » été faits. Néanmoins, le défaut de mention que les origi- » naux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être » opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention » portée dans l'acte. » Ici, nous n'avons pas rédaction de deux originaux, mais d'un seul : le bulletin. L'exemplaire sur papier libre n'est pas un original signé et contenant la mention du nombre des originaux qui en ont été faits[2].

D'autre part, dans la pratique, il est d'usage de terminer la rédaction du bulletin par un « Bon pour souscription à... actions ». Cette formalité, prescrite par l'article 1326 du Code civil, n'est pas nécessaire ici, car la souscription est un acte de commerce et un contrat synallagmatique. Néanmoins, cette pratique mérite d'être encouragée, car la la preuve en sera facilitée.

1. V. H. Bosvieux, *J. S.* 1938, 12.
2. V. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et de* 1937, n° 18. V. également Dalsace, *Rev. Soc.*, 1937, 300.

98. — A qui incombe la charge de la preuve? Naturellement à la société, lorsqu'elle réclame le versement des quarts, et au souscripteur, lorsqu'il revendique la remise des actions.

99. — Comme nous le voyons, le décret-loi du 31 août 1937 a grandement facilité la preuve de la souscription qui, grâce au bulletin obligatoire et à l'exemplaire sur papier libre laissé au souscripteur, sera beaucoup plus aisée à administrer qu'auparavant. Cependant, il est possible qu'un bulletin ait été établi de façon incorrecte ou que, plus simplement, aucun n'ait été rédigé. Le fait de ne pas dresser de bulletin pour une souscription, ou d'effectuer celle-ci avec un bulletin non conforme aux prescriptions légales, constitue une violation de l'article premier de la loi du 24 juillet 1867 et peut entraîner les sanctions civiles et pénales dont nous avons parlé, à propos du dépôt des statuts au greffe[1]. Comment, en l'absence de bulletin, sera prouvée la souscription? On devra se contenter, comme moyens de preuve, de l'aveu et du serment. La preuve par présomptions ou par témoins, même lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, devra être rejetée comme contraire aux nouvelles dispositions[2].

1. Chapitre I, section I.
2. V. Solus, « La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937 », n° 19. V. également « Association nationale des sociétés par actions (A. N. S. A.) », décembre 1937, p. 20 et suiv.

CHAPITRE VII

LE CONTRAT DE SOUSCRIPTION

100. — Nous avons déjà vu que la souscription était un contrat conclu entre, d'un côté, les fondateurs et, d'un autre, le souscripteur. C'est l'étude de ce contrat que nous nous proposons de faire ici, et, naturellement, c'est par celle de sa formation que nous commencerons ce chapitre.

Section I. — Formation du contrat.

§ 1. *Cas d'une constitution de société.*

101. — Le contrat de souscription suppose, évidemment, une offre et une acceptation. L'étude de sa formation se ramène donc, en somme, à préciser de qui émane l'offre et par qui est faite l'acceptation.

La jurisprudence a été naturellement amenée à se prononcer sur ce sujet. Remarquons, toutefois, que les arrêts ou jugements relatifs à la formation du contrat de souscription[1] sont assez rares et, dans l'ensemble, très anciens; presque tous sont, en effet, antérieurs à la loi du 24 juillet 1867. Quoi qu'il en soit, la thèse soutenue par toutes ces décisions est la suivante : la souscription proprement dite

1. Paris, 16 février 1850, D. P. 1850.2.150; Paris, 10 août 1850, D. P. 1852.2.197; Paris, 17 avril 1852, D. P. 1852.5.381; Paris, 22 janvier 1853, D. P. 1854.2.129; Paris, 16 novembre 1853, D. P. 1854.2.258; Paris, 11 janvier 1854, D. P. 1855.2.126; Lyon, 17 juillet 1902, *J. S.* 1903, 22.

est simplement une offre, le contrat n'est formé que lorsque le souscripteur a appris l'acceptation des fondateurs. Cette acceptation doit être expresse et résulte pratiquement de l'avis envoyé au souscripteur au moment de la répartition et lui annonçant que, sur un nombre N d'actions demandées par lui, un nombre N' lui a été accordé.

L'opinion de la jurisprudence est partagée par plusieurs auteurs[1]. Notons, toutefois, que quelques divergences se manifestent entre eux sur des points de détail. Quelques-uns[2], par exemple, estiment que l'acceptation des fondateurs peut être tacite.

102. — Suivant une autre opinion[3], au contraire, la souscription proprement dite n'est pas une offre, c'est une acceptation. L'offre émane des fondateurs et le contrat de souscription est conclu lorsque le souscripteur signe son bulletin sous la double condition d'une réduction proportionnelle et de la souscription intégrale du capital social.

103. — Cette thèse nous paraît être la bonne. Passons, en effet, en revue les diverses situations qui peuvent se présenter.

D'abord, celle d'une souscription privée. Supposons que, dans une ville de moyenne importance, un homme d'affaires ait décidé de créer une société anonyme, en vue d'exploiter, par exemple, un café. Il estime qu'un capital de 1.000.000 de francs lui est nécessaire. Aussi il procède à l'émission de 2.000 actions de 500 francs chacune. Etant donné que ce capital n'est pas élevé, ce fondateur juge inutile de recourir à une émission par voie d'appel au public et se contente d'aller solliciter des amis et des personnes qu'on lui a indiquées comme susceptibles de s'intéresser à l'affaire. Manifestement, comme on le voit, c'est

1. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 656; Lescot, *Essai sur la pér. const.*, p. 145 et suiv.
2. Not. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 656.
3. Thaller et Pic, n° 874.

lui qui fait une offre, et les personnes pressenties l'accepteront ou la refuseront, suivant qu'elles décident ou non de souscrire.

Prenons, maintenant, le cas d'un syndicat de prime ferme. Peut-on considérer la souscription du gérant comme une offre ? Nous ne le croyons pas. Les conditions de l'opération ont été préalablement débattues entre les fondateurs et lui et, en souscrivant, il accepte le contrat.

Enfin, supposons le cas d'une émission par voie d'appel au public. Ici aussi, nous estimons que l'offre vient des fondateurs. Elle résulte du prospectus de placement distribué aux souscripteurs éventuels ou reproduit à leur intention. On objectera à cette opinion qu'il est impossible de voir une offre dans une circulaire ou dans une affiche. Mais cette objection, très discutable auparavant, a perdu toute valeur aujourd'hui depuis le décret-loi du 8 août 1935 réglementant le démarchage. Nous savons, en effet, qu'actuellement le prospectus de placement est une offre de contrat, offre émanant du signataire de ce prospectus. Ce signataire, il est vrai, ne sera pas toujours un fondateur. Ce sera souvent le gérant d'un syndicat ou un banquier. Mais ces derniers seront les mandataires ou commissionnaires des fondateurs de qui viendra en définitive l'offre de souscrire. Ici aussi, il faudra donc voir dans la souscription une acceptation.

104. — Nous pensons, du reste, que le décret-loi du 31 août 1937 modifiant ou complétant diverses dispositions de la loi du 24 juillet 1867 est venu corroborer notre façon de voir. Ce texte, nous le savons, a modifié les règles de la preuve du contrat de souscription. Celui-ci se prouve maintenant par le bulletin de souscription. On peut donc en déduire que, une fois le bulletin signé, le contrat est conclu.

§ 2. *Cas d'une augmentation de capital.*

105. — Lorsque, et c'est de beaucoup le cas le plus fréquent, le souscripteur est un ancien actionnaire souscrivant

en vertu de son droit préférentiel ou bien à titre réductible, le contrat est formé, sans aucune discussion possible, au moment de la souscription. Dans les deux cas, en effet, aucune acceptation ou refus de la société n'est à envisager. Si, conformément à l'article premier ou à l'article 4 du décret du 8 août 1935 créant un droit préférentiel, l'actionnaire ancien a le droit de souscrire à N actions, la société est forcée de les lui attribuer, s'il a au moins demandé ce nombre. Ici, l'acceptation ne peut venir que des souscripteurs.

D'un autre côté, des non-actionnaires peuvent être appelés à souscrire les titres dont n'ont pas voulu les actionnaires anciens; nous sommes alors ramené à l'hypothèse envisagée dans le paragraphe premier, mais nous avons vu que, là encore, le contrat était conclu au moment de la souscription.

Section II. — Conditions d'existence.

106. — Pour que le contrat de souscription existe, il est nécessaire, évidemment, qu'un certain nombre de conditions — celles du droit commun — se trouvent réunies[1] : le consentement de la partie qui s'oblige, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation.

Parmi toutes ces conditions, il en est une ici qui ne soulève pas de difficultés : c'est l'objet certain qui forme la matière de l'engagement; mais les autres, et, notamment, le consentement du souscripteur, peuvent prêter à discussion. Il importe donc de savoir, dans les divers cas qui se présenteront en pratique, si ces conditions d'existence se trouvent réalisées. Après avoir dit quelques mots dans un premier paragraphe de l'objet certain qui forme la matière

1. Article 1108 du Code civil.

de l'engagement du souscripteur, nous examinerons successivement dans un second la cause licite de son obligation et, dans un troisième plus étendu, son consentement.

§ 1. *Objet certain qui forme la matière de l'engagement du souscripteur.*

107. — Il semble difficilement concevable de voir une souscription annulée pour défaut d'objet. La chambre des requêtes de la Cour de cassation nous en donne pourtant un exemple dans un arrêt en date du 22 janvier 1934[1] : Une société procédant à une augmentation de capital, une personne avait souscrit cent actions nouvelles de 100 francs. La société qui avait laissé effectuer cette souscription, bien que l'augmentation de capital soit déjà réalisée et répartie intégralement, entendait alors offrir à son auteur les titres de cent actions anciennes. La Cour de cassation a confirmé, avec raison, la décision des juges du fond qui avaient déclaré cette souscription nulle pour défaut d'objet.

§ 2. *Cause licite de l'obligation du souscripteur.*

108. — L'obligation du souscripteur a pour cause la participation à des opérations commerciales[2]. Cette cause sera illicite lorsque la société en formation ou qui augmente son capital a, en réalité, un objet prohibé par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (art. 1133 du Code civil). Un exemple de souscription ayant une cause illicite nous est fourni par un arrêt de la chambre des requêtes du 24 mai 1913[3]. La cause de cette souscription était la participation à l'exploitation de la concession d'un casino-théâtre organisé avec salle de jeux internationaux, c'est-à-dire en réalité à une entreprise de jeux de hasard.

1. Req., 22 janvier 1934, D. H. 1934.162.
2. Note sous Req., 24 mai 1913, D. P. 1916.1.264.
3. Req., 24 mai 1913, précité.

§ 3. *Consentement du souscripteur.*

109. — Si des contestations s'élèvent rarement en pratique, au sujet de la cause licite ou non de l'obligation du souscripteur, celles relatives au consentement de celui-ci sont, au contraire, très fréquentes. Dans bien des cas, il est nécessaire de préciser si ce consentement a ou n'a pas été donné ou, en d'autres termes, si la souscription est réelle ou fictive.

C'est là une question de fait. Les tribunaux possèdent un pouvoir d'appréciation souverain pour la résoudre[1].

Une souscription est réelle, lorsque le souscripteur a vraiment la volonté de se faire délivrer ses titres et de les libérer.

Au contraire, une souscription est fictive quand elle est attribuée à une personne qui prétend n'avoir donné ni son consentement, ni sa signature à une souscription passée sous son nom ou dont l'identité n'a pas été établie ou a été reconnue fausse[2]. Une souscription est également fictive quand l'intervention d'un tiers se produit en vue de cacher une fraude[3]. Ce tiers sera, par exemple, une personne qui libérera la souscription avec ses propres fonds en l'acquit du souscripteur[4], ou qui sera à l'origine de la souscription effectuée par un prête-nom[5].

110. — Un exemple de souscription fictive nous est donné par une affaire jugée par le tribunal de commerce de la Seine, le 5 octobre 1931[6]. Le fondateur d'une société avait fait figurer son frère comme souscripteur, et avait effectué la libération totale des actions à sa place, à titre de rembour-

1. Cass., 3 décembre 1930, *J. S.* 1932, 139.
2. Paris, 17 juin 1904, D. P. 1907.2.152.
3. Note A. Bosvieux, sous Trib. com. Seine, 5 octobre 1931, *J. S.* 1933. 216.
4. Note A. Bosvieux, précitée.
5. Req., 9 juin 1891, D. P. 1892.1.361; Paris, 14 avril 1892, D. P. 1892. 2.347; Req., 17 décembre 1894, D. P. 1895.1.101.
6. Trib. com. Seine, 5 oct. 1931, précité.

sement de divers prêts consentis précédemment et constatés par des reconnaissances de dettes non enregistrées. Les défendeurs entendaient soutenir que la souscription, ainsi faite et libérée, n'avait rien de fictif. Le tribunal, puisant dans les présomptions qui se dégageaient des faits, la conviction que le prêt allégué n'avait jamais reéllement existé, et n'avait été invoqué que pour les besoins de la cause, et constatant que le souscripteur ne justifiait pas avoir eu en sa possession, au moment de la souscription, les fonds nécessaires à celle-ci, à déclaré que cette souscription, loin d'être sérieuse, se révélait comme un acte de complaisance à l'égard du fondateur, frère du souscripteur, pour lui permettre de disposer dans les assemblées de la société d'une majorité qui lui en aurait donné la direction sans partage.

111. — Mais une souscription n'est pas fictive, simplement parce que le versement du premier quart a été acquitté par un tiers avec ses propres fonds en l'acquit du souscripteur ou par le souscripteur avec des fonds empruntés même à un fondateur[1]. De même une souscription par prête-nom n'est pas non plus fictive, si elle est faite sans fraude. C'est alors une souscription accomplie pour le compte d'un tiers, préférant rester ignoré quoique capable, par un souscripteur qui, évidemment, s'engage personnellement[2]. Or, d'un avis général, un tel acte n'est pas fictif[3]. C'est, notamment, l'opinion d'une jurisprudence

1. Note A. Bosvieux sous Trib. com. Seine, 5 octobre 1931, *J. S.* 1933, 216.
2. Note H. Bosvieux sous Paris, 26 février 1937, *J. S.* 1937, 670; Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n° 209.
3. V. toutefois Rousselet et Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, n° 17 et suiv. D'après ces auteurs, la régularité de la souscription par prête-nom est notamment en contradiction avec l'article 1er de la loi du 24 juillet 1867 (Décr. 31 août 1937) exigeant l'annexion à la déclaration notariée de la liste des souscripteurs. Nous pensons, au contraire, que cette mesure n'est imposée que pour rendre possible un contrôle de la matérialité des souscriptions (v. note H. Bosvieux, précitée).

récente. Un arrêt de la Cour de Paris, en date du 26 février 1937[1], est, en effet, en ce sens[2]. Voici le texte de l'arrêt :

« La Cour,

» Considérant que, pour déclarer que la Société anonyme » Groupement national des débitants de tabacs » avait été » illégalement constituée, bien que toutes les prescriptions » de la loi aient été accomplies, les premiers juges se sont » attachés à démontrer que deux souscripteurs, B... et C..., » n'avaient été, en la circonstance, que des prête-noms » complaisants d'A... ; qu'ils en ont conclu qu'ils n'avaient » jamais eu la volonté d'être sociétaires et que leurs sous- » criptions devaient être tenues pour fictives, trouvant » ainsi, dans la violation du principe de la souscription » intégrale la preuve d'une constitution irrégulière de la » société, rendant punissable l'émission d'actions reprochée » aux inculpés ; — Mais considérant que cette solution ne » paraît pas devoir être adoptée par la Cour : qu'en effet, la » souscription est un contrat synallagmatique affranchi » de toute forme spéciale et dont les parties essentielles » sont, comme pour toute convention, le consentement, la » capacité, la cause et l'objet ; qu'en l'espèce B... et C..., » dont l'incapacité ou le vice du consentement ne sont pas » en cause, affirment s'être engagés personnellement en vue » de l'organisation d'une force sociale, pour une entreprise » à laquelle ils portaient eux-mêmes intérêt et dans laquelle » ils avaient la plus grande confiance ; qu'il n'est pas » méconnu par eux qu'ils se trouvaient hors d'état d'effec- » tuer leurs versements par des fonds personnels, mais qu'ils » soutiennent qu'ils étaient loin d'être insolvables et que » les emprunts, auxquels ils ont eu recours auprès d'A... » pour se libérer, étaient sérieux ; — Considérant qu'il » n'était pas interdit à B... et à C... de verser à l'aide de » fonds d'emprunt ; qu'il est certain qu'ils ont ratifié leurs

1. Paris, 26 février 1937, *J. S.* 1937, 670.

2. Toutefois, sur ce point, la jurisprudence n'est pas unanime ; v. notamment Rouen, 26 juillet 1912, D. P. 1916.2.113.

» engagements en versant la totalité du prix des actions » souscrites par eux, actes impliquant, de leur part, aveux » de leur qualité; que, si les fonds ont bien été fournis par » A..., il est constant qu'ils sont définitivement entrés dans » la caisse sociale; que si, par la suite, B... et C... ont rétro- » cédé à A... la presque totalité de leurs actions, la société » n'a éprouvé de ce fait aucun préjudice; — Considérant » que la société anonyme se caractérise par une association » de capitaux réunis en dehors de tout *intuitus personae*; » que les prescriptions légales ont eu surtout pour but » d'assurer à la société l'intégralité de son capital, seule » garantie qui soit offerte aux tiers; — Considérant que, » dès lors qu'il est démontré que les souscriptions de B... » et C... ont été régulières et que la totalité du capital social » a été effectivement mise à la disposition de la société, » aux mains de laquelle il est resté, ce n'est pas un simple » esprit de complaisance à eux prêté qui peut permettre » de dénier au consentement qu'ils ont donné un caractère » légal et suffisant, aux conventions qu'ils ont passées et » exécutées leur force légale; que toute distinction basée » sur des considérations autres que celles ressortant des » contrats eux-mêmes, et notamment des mobiles qui ont » pu déterminer les contractants, rentrerait dans le domaine » de l'arbitraire; qu'en admettant même qu'A... ait agi par » prête-nom, aucune prohibition résultant de la loi ne » l'empêchait d'user de ce mode de souscription, dès lors » que ce prête-nom n'était pas utilisé pour frauder la loi; » qu'il n'est pas apporté à la Cour les preuves requises pour » constater cette fraude; qu'aucune plainte ne s'est fait » entendre; qu'ainsi il n'est pas établi que les souscriptions » incriminées aient été des souscriptions fictives; que, dès » lors, les conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à » l'application des dispositions pénales de l'article 13 de la » loi du 24 juillet 1867 font défaut en la cause; — Sur l'in- » fraction à l'article 15 : considérant que de ce qui précède » il résulte que la violation des conditions essentielles sur la

» foi desquelles les associés ont consenti à entrer dans la » société n'est pas établie; — Par ces motifs, reçoit les » appels; Au fond : infirme le jugement dont est appel; et, » statuant à nouveau, renvoie A..., B... et C... des fins de la » poursuite, sans peine ni dépens. »

La Cour reconnaît donc, à juste titre, que la souscription par prête-nom est réelle, dès lors qu'elle est effectuée sans fraude. Notons, qu'avant de conclure à la régularité des souscriptions incriminées, la Cour insiste sur le fait que la totalité du prix des actions souscrites a été versée. La jurisprudence, en effet, voit difficilement une souscription fictive dans une souscription entièrement libérée[1]. Toutefois, l'exemple qui nous a été fourni précédemment par un jugement du tribunal de commerce de la Seine, en date du 5 octobre 1931[2], nous montre qu'il n'en est pas toujours ainsi. Dans cette affaire, bien que le versement des quatre quarts ait été acquitté, la souscription n'en a pas moins été déclarée fictive. D'un autre côté, en effet, la jurisprudence estime, avec raison, que l'auteur d'une souscription ne peut soutenir que celle-ci est obligatoirement réelle parce qu'entièrement libérée.

112. — De la question des souscriptions fictives, il faut rapprocher celle des souscriptions conditionnelles.

Une souscription conditionnelle est-elle fictive? Sans aucun doute. Si le consentement du souscripteur est subordonné à une condition quelconque, le contrat est nul, car toute condition est ici prohibée par la loi et, par suite, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend[3]. L'engagement du souscripteur se ramènera, en effet, obligatoirement au type suivant : « Je souscris à condition de voir ma souscription annulée si, après la constitution de la société ou la réalisation de l'augmentation de capital, on ne me

1. Note H. Bosvieux, sous Paris, 26 février 1937, *J. S.* 1937, 670.
2. Trib. com. Seine, 5 octobre 1931, *J. S.* 1933, 216.
3. Article 1172 Code civil.

donne pas telle ou telle chose ou si je ne peux pas me libérer de telle ou telle manière. » Or, une telle condition est contraire au principe de la souscription intégrale.

Mais beaucoup se refusent à voir, dans une souscription conditionnelle, une souscription fictive. Signalons notamment que, suivant l'opinion dominante, la condition doit être regardée comme nulle et la souscription conditionnelle comme sincère. De leur côté, certains auteurs[1] estiment qu'une souscription conditionnelle est réelle dans le cas où la condition est rédigée dans une contre-lettre passée entre le souscripteur et les fondateurs ou la société, et fictive dans le cas où cette condition est contenue dans le bulletin de souscription.

§ 4. *Sanctions.*

113. — La cause illicite de l'obligation du souscripteur ou l'inexistence de son consentement auront pour conséquence la nullité du contrat de souscription.

Quel sera le fondement de l'action en nullité et par qui pourra-t-elle être invoquée ? Ici, deux hypothèses sont à envisager.

Si la société n'est pas constituée ou l'augmentation de capital pas réalisée, le fondement de l'action en nullité sera l'article 1131 du Code civil dans le cas de cause illicite, l'article 1108 du Code civil dans le cas de souscription fictive, l'article 1172 du Code civil dans le cas de souscription conditionnelle. La nullité pourra être invoquée par tout intéressé.

114. — Si la société est constituée ou l'augmentation de capital réalisée, la nullité de la souscription entraînera le défaut de souscription intégrale et, par suite, la nullité de la société ou de l'augmentation de capital. Le fondement de

1. Houpin et Bosvieux, 6e édit., n° 650; Chambaz et Leblond, n° 595.

l'action en nullité sera donc ici l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867. Cette nullité pourra évidemment être invoquée par tout intéressé. Rappelons qu'elle ne pourra pas être opposée aux tiers par les associés[1].

L'action en nullité sera prescrite par cinq ans[2]. De plus, l'action en nullité de la société ou de l'augmentation de capital sera éteinte lorsque la cause de la nullité aura cessé d'exister avant l'introduction de la demande ou, en tout cas, au jour où le tribunal statuera sur le fond en première instance[3]. Comment s'opèrera pratiquement la régularisation ? Elle semble difficilement concevable dans le cas d'une souscription annulée pour cause illicite, mais elle est facilement réalisable s'il s'agit d'une souscription fictive ou conditionnelle.

Si le défaut de souscription intégrale résulte d'une souscription fictive, la société annulera celle-ci et la remplacera par une souscription sérieuse ayant pour auteur un nouveau souscripteur. La régularisation, comme on le voit, est très simple. Elle se complique un peu lorsque le souscripteur prétendu fictif refuse d'accepter l'annulation de sa souscription et demande aux tribunaux de juger que celle-ci est sérieuse. Dans ce cas, la seconde souscription sera conservée ou annulée suivant que la première aura été déclarée fictive ou réelle[4]. La Cour de cassation a jugé que le fait de vendre des actions souscrites fictivement ne couvrait pas la nullité ayant pour cause leur souscription, car la vente des titres ne produit pas le même effet qu'une souscription nouvelle[5].

Si une souscription est conditionnelle on l'annulera et on fera effectuer par le même souscripteur ou par un nouveau une souscription pure et simple.

1. Article 7 de la loi du 24 juillet 1867.
2. Article 8 de la loi du 24 juillet 1867 (Décr. 30 octobre 1935).
3. Article 8 de la loi du 24 juillet 1867 (Décr. 30 octobre 1935).
4. V. article de M. A. Wahl, *J. S.* 1931, 257, n° 4.
5. V. Cass., 2 mars 1925, *J. S.* 1926, 78 et article de M. A. Wahl, précité, n°s 9 et 10.

Il y a lieu de préciser que la régularisation est terminée lorsqu'aux souscriptions fictives ou conditionnelles on a substitué des souscriptions sérieuses. Par suite, la formalité d'une déclaration de nouvelle souscription et la réunion d'une assemblée générale affirmant la sincérité de cette déclaration sont inutiles[1].

Section III. — Conditions de validité.

115. — Pour que le contrat de souscription soit valable, il est nécessaire que le consentement du souscripteur ne soit pas vicié par la violence, l'erreur ou le dol, et que l'auteur de la souscription soit capable. Aussi nous allons examiner successivement les vices susceptibles d'altérer le consentement du souscripteur et sa capacité.

§ 1. *Vices du consentement.*

116. — Des différents vices du consentement, seul le dol retiendra notre attention. Il n'existe pas, en effet, pratiquement, de souscription altérée par la violence et il est bien rare de voir le consentement d'un souscripteur entaché d'erreur.

117. — Plus fréquemment ce consentement sera vicié par le dol. Pour savoir si le dol est susceptible d'entraîner la nullité de la souscription, il y a lieu d'appliquer les deux règles formulées par chacun des alinéas de l'article 1116 du Code civil. En premier lieu, le dol est une cause de nullité du contrat lorsque les manœuvres pratiquées par les fondateurs ou les administrateurs sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, le souscripteur n'aurait pas contracté. Celles-ci devront donc être antérieures ou conco-

1. V. article de M. A. Wahl, *J. S.* 1931, 257, nos 6, 7 et 8.

mitantes à la signature du bulletin[1]. De plus, le dol ne se présume pas et doit être prouvé, par conséquent les allégations des souscripteurs relatives aux manœuvres dont ils auraient été victimes, devront être justifiées[2].

Ces manœuvres frauduleuses, qui sont à l'origine du dol, résulteront le plus souvent de renseignements faux ou inexacts contenus dans le prospectus de placement.

§ 2. *Capacité.*

118. — La capacité du souscripteur est, évidemment, la règle et son incapacité l'exception. Il ne nous suffira pas, toutefois, de signaler les hypothèses où le souscripteur est incapable et d'étudier celles où sa capacité est discutée. Il nous faudra également examiner quelle est, en général, la capacité exigée de l'auteur de la souscription. Enfin, nous dirons quelques mots de différents cas particuliers importants.

119. — La souscription d'actions, nous le savons, est un acte de commerce. Ce caractère, sans aucun doute, va avoir une certaine répercussion sur la capacité exigée des souscripteurs.

120. — Gardons-nous, tout d'abord, de confondre l'incompatibilité et l'incapacité, et rappelons qu'un agent de change ou courtier ne peut, dans aucun cas, et sous aucun prétexte, faire des opérations de commerce ou de banque pour son compte, donc souscrire[3].

121. — Revenons, maintenant, à notre sujet, c'est-à-dire à la capacité. Ne pourront pas souscrire les personnes incapables de faire un acte de commerce même isolé, c'est-à-dire :

1. Paris, 26 novembre 1932, *J. S.* 1935, 300.
2. Trib. com. Seine, 12 juin 1897, D. P. 1897.2.489, et note Floucaud-Pénardille; Paris, 26 novembre 1932, précité.
3. Article 85 du Code de commerce, alinéa 1.

L'interdit judiciaire ou l'interdit légal.

Le mineur non émancipé.

Le mineur émancipé s'il ne remplit pas les conditions de l'article 2 du Code de commerce (art. 3, Code de com.).

122. — Tout en convenant de la nature commerciale de la souscription, la jurisprudence considère, d'autre part, que les articles 2 et 3 du Code de commerce sont inapplicables aux actes du tuteur du mineur non émancipé agissant pour son pupille. Le tuteur peut souscrire au nom du mineur, et sa souscription est régie par l'article 6, alinéas 1 et 2 de la loi du 27 février 1880 relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, et à la conversion de ces mêmes valeurs en titres au porteur[1].

Cet article 6, alinéas 1 et 2, est ainsi conçu : « Le tuteur » devra faire emploi des capitaux appartenant au mineur » ou a l'interdit, ou qui leur adviendraient par succession » ou autrement et ce, dans le délai de trois mois, à moins » que le conseil ne fixe un délai plus long, auquel cas il » pourra en ordonner le dépôt, comme il est dit en l'article » précédent.

» Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par » l'article 455 du Code civil, seront applicables à cet emploi.»

Pour la jurisprudence[2], l'alinéa 2 de l'article 6 ordonne l'application à l'emploi des deniers pupillaires — donc à la souscription — des règles contenues dans les articles précédents, c'est-à-dire que celui-ci ne peut être fait qu'avec le consentement du conseil de famille et au-dessus de 7.500 francs (L. 9 juillet 1931) ce consentement doit être homologué par le tribunal. De plus, lorsque la souscription n'est pas entièrement libérée, comme elle constitue alors non seulement un emploi de capital, mais encore une obli-

1. V. notamment Paris, 21 mai 1884, D. P. 1885.2.177 et note.
2. Paris, 21 mai 1884, précité.

gation de payer, l'homologation du tribunal est obligatoire dans tous les cas[1].

La jurisprudence est ici très critiquable, car elle est en pleine contradiction. Le fait que la souscription a une nature commerciale devrait l'inciter à appliquer les articles 2 et 3 du Code de commerce, c'est-à-dire à conclure qu'il est interdit au tuteur de souscrire des actions au nom du mineur non émancipé.

123. — Maintenant que nous avons vu les restrictions apportées à la capacité exigée pour souscrire par le caractère commercial de la souscription, il nous faut examiner quelle est, en général, cette capacité.

Comme nous venons de le voir, la souscription constitue un emploi de capital, lorsqu'en souscrivant le souscripteur se libère entièrement; un emploi de capital et une obligation de payer lorsque, en souscrivant, le souscripteur s'acquitte seulement du versement du quart. Cet état de choses va avoir évidemment sa répercussion sur la capacité : celle exigée du souscripteur qui, au moment de la souscription, se libère entièrement, sera la capacité requise pour accomplir un acte d'administration. Celle exigée du souscripteur qui, au moment de la souscription, effectue seulement le versement du quart, sera celle requise pour s'obliger.

C'est ainsi, par exemple, qu'avant la loi du 18 février 1938, la femme mariée séparée de biens pouvait souscrire seule des actions complètement libérées et devait avoir le consentement de son mari pour souscrire des actions non entièrement libérées. Actuellement, elle peut souscrire seule dans les deux cas. Peuvent souscrire également seules des actions non entièrement libérées et à plus forte raison des actions complètement libérées : la femme dotale avec des fonds provenant de ses biens paraphernaux et la femme

1. Paris, 21 mai 1884, D. P. 1885.2.177.

commune en biens avec des fonds provenant de la nue propriété de ses propres.

124. — Il nous reste maintenant, avant de terminer ce paragraphe, à dire quelques mots de cas particuliers assez fréquents.

125. — Le premier est relatif à la souscription des personnes morales. On s'accorde, tout d'abord, à voir dans la souscription d'une société un acte régulier. La société souscrira par l'intermédiaire d'un représentant qualifié. Deux hypothèses sont à envisager :

En premier lieu, les fonds destinés à la souscription peuvent provenir du capital social[1]. La souscription projetée ne sera alors réalisable que si elle est conforme à l'objet social. Pour cela, il n'est pas nécessaire qu'elle soit prévue et permise par les statuts. Il suffit que la société émettrice et la société qui souscrit aient un objet semblable. Si cette dernière condition est remplie, le conseil d'administration ou une assemblée générale ordinaire pourront régulièrement décider de la souscription.

Les fonds destinés à la souscription peuvent aussi provenir des réserves de la société[2]. Il n'y a pas ici à tenir compte de l'identité ou de la non-identité des objets des deux sociétés. La souscription sera valable si elle n'est pas contraire à l'utilisation normale des réserves. Cette utilisation est fixée par les statuts ou, à leur défaut, par le conseil d'administration, pour la réserve légale comme pour les réserves extraordinaires.

Notons que la création des filiales, par opposition à la société mère, s'accomplit en faisant souscrire à une première société des actions d'une seconde en formation. Ce procédé des filiales permet à des groupements de contrôler toute une branche de l'activité industrielle ou commerciale.

1. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., nos 650 et 1391.
2. Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, nos 650 et 1402 et suiv.

De même que les sociétés, les associations douées de la personnalité juridique (loi du 1er juillet 1901) pourront souscrire sous certaines conditions.

Enfin, les personnes morales du droit public peuvent également, dans des cas bien déterminés, participer à une souscription d'actions. L'Etat, notamment, est actuellement actionnaire de plusieurs sociétés. Ces sociétés ainsi formées avec participation de l'Etat sont dites sociétés d'économie mixte. Parmi ces dernières, on peut citer entre autres la Compagnie Générale Transatlantique, la Compagnie Air France et la Société Nationale des Chemins de Fer.

126. — Un autre cas particulier est celui ayant trait à la souscription d'un commerçant failli ou liquidé judiciaire. Un tel acte n'est pas annulable pour incapacité[1].

127. — Rappelons, enfin, que la souscription par mandataire et la souscription par prête-nom sont licites. Il en est de même de celle par porte-fort (art. 1120 C. civ.)[2]. Cette dernière se rencontre quelquefois en pratique dans le cas d'un syndicat de prise ferme. Le gérant souscrit seul, mais au nom du syndicat. On se trouve alors en présence d'une souscription par porte-fort sans désignation du tiers[3].

§ 3. *Sanctions.*

128. — La sanction du consentement vicié ou de l'incapacité de l'auteur de la souscription sera la nullité relative de celle-ci. Cette nullité ne pourra être invoquée que par le souscripteur. L'action en nullité dure dix ans, qui commencent à courir du jour où l'erreur ou le dol ont été découverts ou de celui où l'incapacité a cessé (art. 1304 C. civ.).

1. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 640 *in fine*.
2. V. toutefois, Houpin et Bosvieux, *op. cit.*, n° 644.
3. Le Roy, *Les syndicats d'émission*, p. 243.

De plus, la confirmation de la souscription faite par le souscripteur après la découverte du vice ou la fin de l'incapacité, éteint l'action en nullité.

D'après une jurisprudence constante, les associés ne sont admis à opposer la nullité de la souscription pour dol des fondateurs ou des administrateurs qu'à la société, et non aux tiers, notamment aux créanciers sociaux et au syndic de faillite représentant la masse des créanciers[1]. Sur quel texte se base la jurisprudence pour motiver une telle décision ? Il faut en voir le fondement, non pas dans l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867, qui concerne une nullité pouvant être invoquée par tout intéressé et, par conséquent, n'a rien à voir avec la nullité relative pour dol, mais dans l'article 1116 du Code civil[2].

129. — Enfin le dol, nous l'avons vu, résulte le plus souvent de renseignements inexacts contenus dans le prospectus de placement. Rappelons, à cette occasion, qu'en vertu de l'article 11 du décret du 8 août 1935 réglementant le démarchage, les personnes qui auront fourni de mauvaise foi ces renseignements seront punies des peines de l'article 405 du Code pénal.

Section IV. — Effets du contrat de souscription.

130. — Le contrat de souscription entraîne, pour les parties, des obligations réciproques.

Le souscripteur s'engage à acquitter le versement du montant des actions souscrites par lui et adhère aux statuts de la société. On peut supposer qu'un souscripteur décède dans l'intervalle compris entre sa souscription et la formation de la société. Son obligation passera alors à ses héritiers, qu'ils soient ou non majeurs.

1. Rouen, 6 mai 1931, *J. S.* 1932, 407; Trib. com. Lyon, 24 avril 1931, *J. S.* 1932, 104.
2. Req., 10 février 1868, D. P. 1868.1.379.

En ce qui concerne les engagements des fondateurs, une distinction s'impose, car ceux-ci, en effet, contractent des obligations à la fois en leur nom personnel et au nom de la société en voie de constitution.

En leur nom personnel, ils s'obligent à affecter au souscripteur le nombre d'actions qui lui revient d'après le mode de répartition adopté, et à former la société.

Au nom de la société, ils s'engagent à livrer au souscripteur les titres qui lui ont été affectés.

Rappelons que le contrat de souscription ne devient définitif qu'après la souscription intégrale du capital social. Il en résulte que c'est seulement à ce moment-là qu'il sera possible d'exiger le versement des quarts de la part des souscripteurs et d'obliger les fondateurs à constituer la société[1]. Toutefois, l'usage est d'effectuer le versement du premier quart en même temps que la souscription.

131. — Dans le cas d'une augmentation de capital, les obligations du souscripteur sont les mêmes, mais, d'autre part, il n'est question évidemment que de celles de la société : celle-ci s'engage à attribuer au souscripteur le nombre d'actions qui lui revient, à réaliser l'augmentation de capital et à livrer les titres.

132. — Il est possible que les fondateurs ou les administrateurs ne puissent recueillir qu'un nombre de souscriptions insuffisant, et soient forcés d'abandonner la constitution de la société ou la réalisation de l'augmentation de capital ou la fassent traîner en longueur. « En cas de non-» constitution de la société dans un délai de six mois du » jour du dépôt du projet des statuts au greffe, tout sous-» cripteur pourra demander en référé au président du tri-» bunal de commerce la nomination d'un administrateur » chargé de retirer les fonds pour les restituer aux sous-» cripteurs, sous déduction de ses frais de répartition. »

1. V. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 660.

(Loi du 24 juillet 1867, art. 1er, alin. 8 nouv.) Ce texte est applicable à l'augmentation de capital.

Section V. — Résolution du contrat de souscription.

133. — Après la constitution de la société ou la réalisation de l'augmentation de capital, le souscripteur et la société ont chacun, en vertu du contrat de souscription, des obligations à remplir. Rappelons-le, le souscripteur doit acquitter le versement des quarts supplémentaires et la société doit livrer à celui-ci les titres qui lui ont été affectés par la répartition. Que va-t-il se passer si l'une ou l'autre des parties n'exécute pas son engagement ? La partie lésée pourra-t-elle, comme dans tout autre contrat synallagmatique, demander en justice, en se basant sur l'article 1184 du Code civil, la résolution de la souscription pour inexécution des obligations de l'autre partie ?

La Cour de Paris a répondu à cette question par l'affirmative, dans un arrêt en date du 17 janvier 1935[1]. Elle a prononcé la résolution de la souscription d'une personne qui avait été irrégulièrement dépossédée de ses titres par la société. Mais cette opinion n'est pas unanimement partagée. La troisième chambre de la même Cour, notamment, dans un arrêt relativement récent[2], a estimé, étant donné le caractère successif du contrat de souscription, que la société ne pourrait demander en justice, en se basant sur l'article 1184 du Code civil, que la résiliation du contrat de souscription et non pas sa résolution. La résiliation est une résolution qui n'agit pas rétroactivement : elle n'opère que pour l'avenir. Les effets produits par le contrat dans le passé subsisteront donc.

134. — Les statuts contiennent fréquemment une clause,

1. Paris, 17 janvier 1935, *J. S.* 1937, 236.
2. Paris, 12 mai 1930, *J. S.* 1931, 410; v. égal. C. Houpin, *J. S.* 1931, 392 et suiv.

dite « d'exécution en bourse », qui autorise la société à faire vendre les titres des souscripteurs à leurs risques et périls, à défaut du versement par ceux-ci des quarts devenus exigibles[1]. La jurisprudence considère cette clause comme licite, même à l'encontre de la faillite du souscripteur[2].

La plupart des auteurs[3], et la jurisprudence en général[4], estiment que cette clause est un pacte commissoire exprès, entraînant, en cas de non-libération des quarts par le souscripteur dans un certain délai, la résolution de plein droit du contrat de souscription sans intervention de justice[5]. Toutefois, d'après deux arrêts, l'un de la Cour de Paris[6] et l'autre de la Cour de cassation[7], arrêts relatifs, du reste, à la même affaire, la clause d'exécution en bourse constituerait un pacte commissoire exprès ayant pour conséquence, en cas de non versement des quarts par le souscripteur dans un certain délai, la résiliation de plein droit sans intervention du juge du contrat de souscription (résiliation ayant ici, par rapport à résolution, le même sens que précédemment). Cette façon de voir échappe à une grave objection faite à la théorie précédente : celle consistant à faire remarquer que la rétroactivité de la résolution entraîne le défaut de souscription intégrale, et, par suite, la nullité de la société ou de l'augmentation de capital.

Cependant, aussi bien que la théorie de la résolution, celle de la résiliation a été très critiquée. Le principal argument que l'on peut opposer à ces deux opinions est le suivant[8] : il est impossible d'expliquer la vente des titres si on estime qu'il y a résolution ou résiliation du contrat.

1. V. Paris, 12 mai 1930, *J. S.* 1931, 410; et Cass., 25 juillet 1935, *J. S.* 1936 544; v. égal. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 424.
2. Cass., 25 juillet 1935, précité.
3. Thaller, D. P. 1886.2.89; Thaller et Pic, *Des soc. comm.*, n° 788; Labbé, S. 1892.1.408; Lyon-Caen et Renault, *Tr. de droit comm.*, n° 739.
4. V. notamment : Cass., 11 juillet 1895, *J. S.* 1895, 487.
5. C. Houpin, *J. S.* 1931, 389.
6. Paris, 12 mai 1930, précité.
7. Cass., 25 juillet 1935, précité.
8. C. Houpin, *J. S.* 1931, 395.

La résiliation, en effet, enlève au souscripteur la propriété de ses actions. Celles-ci, dans la période comprise entre la résiliation et la vente, n'appartiennent donc à personne, car la société ne saurait les acquérir pour les revendre. Par suite, elles vont être annulées de plein droit. Leur vente ne peut donc pas être effectuée puisqu'elles sont inexistantes.

Devant ces objections, plusieurs auteurs[1] ont abouti aux conclusions suivantes : il y a dans la clause d'exécution en bourse, d'abord un mandat accordé à la société dans l'intérêt du mandant et du mandataire (donc irrévocable) et l'autorisant à faire vendre les titres des souscripteurs pour leur compte et à leurs risques et périls, à défaut de versement par ceux-ci des quarts devenus exigibles, et de plus, une cession anticipée à la société du prix de vente jusqu'à concurrence de sa créance. Cette thèse mérite une complète approbation.

1. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 424; Pallu, *De l'exécution en Bourse pour non versé*, 1907, p. 141 et suiv.; Wahl, *Précis*, n° 537; C. Houpin, *J. S.* 1931, 449 et suiv.

CHAPITRE VIII

DELITS SUSCEPTIBLES D'ETRE COMMIS A L'OCCASION DE LA SOUSCRIPTION

135. — Il est fréquent que le cadre de la société en commandite par actions ou de la société anonyme serve de moyen à des personnes sans scrupules, non pour créer une affaire commerciale, mais uniquement pour drainer des capitaux et en faire un usage malhonnête. Les rédacteurs de la loi du 24 juillet 1867 ont prévu cette éventualité. Pour prévenir de tels abus, ils ont consacré plusieurs articles de leur texte à la responsabilité pénale pouvant être encourue à l'occasion d'une constitution de société.

136. — Parmi ces dispositions, un certain nombre se rapporte à la souscription. Ce sont, notamment, l'article 15-2° et l'article 15-3° créant trois infractions nouvelles, qui se ramènent en réalité à deux. Ces infractions, étant punies de peines correctionnelles, sont des délits[1]. Ce sont donc deux délits que nous aurons à étudier pour commencer : ils feront l'objet de nos sections 1 et 2. Signalons, en passant, que l'article 15 vise, évidemment, non seulement le cas d'une constitution de société, mais encore celui d'une augmentation de capital. D'autre part, ce même article, bien qu'écrit au titre des sociétés en commandite par actions, est également applicable en matière de sociétés anonymes, sans distinction entre celles existantes au 24 juillet 1867 et

1. Article 1er du Code pénal.

celles qui se sont constituées après[1]. Ce texte s'applique aussi aux sociétés qui, quel que soit leur objet, sont constituées dans les formes de sociétés par actions[2].

Quant à la section III de ce chapitre, elle sera relative aux délits de droit commun susceptibles de se produire en la matière. Elle aura trait exclusivement au délit d'escroquerie prévu par l'article 405 du Code pénal. Enfin, avec la section IV, nous examinerons si les mesures existantes sont satisfaisantes.

Section I. — Délit de simulation de souscriptions ou de versements[3].

§ 1. *Les éléments de l'infraction.*

137. — Supposons qu'un individu sans scrupule ait décidé de créer une société par actions en vue de se procurer des fonds. Les formalités légales une fois terminées, la souscription est ouverte, mais malheureusement pour lui, aucun souscripteur ne se présente. Que va-t-il faire ? Il ne se décourage pas et provoque de la part de compères des souscriptions fictives. A la suite de celles-ci, un certain nombre de personnes sérieuses, mises en confiance, souscrivent alors, mais pas de façon suffisante cependant pour rendre la souscription intégrale. La situation du fondateur n'est guère plus brillante que précédemment. D'une part, il vient de se rendre coupable du délit de simulation de souscription et de versements et, d'autre part, son capital n'est pas souscrit en totalité.

Malgré cet échec il décide de continuer son entreprise, car il est néanmoins arrivé à un premier résultat : il a obtenu

1. Article 45 de la loi du 24 juillet 1867 (Décr. 8 août 1935).
2. Article 68 de la loi du 24 juillet 1867 (ajouté par L. 1er août 1893, art. 6).
3. Article 15, 2° (première partie) de la loi du 24 juillet 1867 (Décr. 8 août 1935).

un certain nombre de souscriptions sérieuses accompagnées évidemment du versement du premier quart du montant des actions. Mais ces souscriptions sont subordonnées à la condition de la souscription intégrale. Il s'agit de les retenir en les rendant définitives. Pour cela le fondateur va susciter de la part de nouveaux complices, des souscriptions fictives assez fortes pour que le capital soit souscrit en totalité. Ce faisant, il se rend une deuxième fois coupable du délit précédent, car cette seconde simulation a pour effet de maintenir les souscriptions réelles obtenues.

Toutefois les souscripteurs sérieux ont seulement effectué le versement du premier quart, et il s'agit, maintenant, de leur faire verser les deuxième, troisième et quatrième quarts. La réussite de cette opération nécessite le parachèvement de la constitution de la société. Le fondateur sera donc obligé de faire la déclaration notariée : il va affirmer sincères et véritables des souscriptions qu'il sait fictives, et déclarer de mauvaise foi que des fonds qui n'ont pas été mis définitivement à la disposition de la société ont été effectivement versés. Cette déclaration, qui constitue une simulation, entraîne la formation de la société et le versement des quarts supplémentaires. Les éléments du même délit sont ainsi réunis une troisième fois à l'encontre du fondateur.

Cependant, celui-ci n'est pas arrivé à ses fins; car, en réalité, son capital n'est pas couvert. Il lui reste une dernière carte à jouer, c'est celle qui consiste à vendre en bourse les actions souscrites fictivement, comme actions entièrement libérées. Il ne va pas s'en priver, et il commettra, encore une fois, l'infraction précédente.

138. — Notre fondateur se sera rendu ainsi coupable quatre fois du délit de simulation; à quatre reprises différentes, en effet, il aura bien fait partie de « ceux qui par simulation de souscriptions ou de versements ont obtenu

» ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements[1] ».

Comme on le voit, ce délit comprend trois éléments :

1° Une simulation de souscriptions ou de versements.

2° La mauvaise foi des auteurs de l'infraction.

3° L'obtention ou la tentative d'obtention de souscriptions ou de versements.

139. — Le premier élément est la simulation de souscriptions ou de versements. Comment cette simulation sera-t-elle pratiquement effectuée ? Dans la plupart des cas, comme nous venons de le voir, elle le sera grâce à des souscriptions fictives ou à des versements fictifs provoqués par les auteurs de l'infraction. Nous savons ce qu'il faut entendre par souscriptions fictives. Par contre, nous devons dire quelques mots de la notion de versement fictif que nous n'avons pas encore rencontrée. Les tribunaux possèdent un pouvoir d'appréciation souverain pour juger si un versement est réel ou fictif. Sera par exemple fictif un versement exécuté provisoirement ou se ramenant à un jeu d'écritures[2].

La simulation, nous le savons, sera aussi réalisée au moyen de la déclaration notariée effectuée par les fondateurs, gérants, administrateurs, dans laquelle ils affirment sincères et véritables des souscriptions fictives, ou déclarent que des fonds, qui n'ont pas été mis à la disposition de la société, ont été effectivement versés. Le décret-loi du 8 août 1935, qui a modifié et complété l'article 15, a créé le délit de déclaration notariée sciemment inexacte (article 15-1°)[3]. Ici une telle déclaration constituera simplement un des éléments de l'infraction.

1. Article 15, 2° (première partie) de la loi du 24 juillet 1867 (Décr. 8 août 1935).

2. V. Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n° 297. V. égal. Req., 26 janvier 1937, *Rev. Soc.*, 1938, 9.

3. V. article de M. H. Lecompte, *J. S.* 1936, 84.

140. — Le deuxième élément est la mauvaise foi des auteurs de l'infraction. Elle réside dans le fait pour les auteurs de l'infraction de savoir que les souscriptions ou versements prétendus réels sont fictifs ; dans celui pour les auteurs de la déclaration de savoir que les souscriptions affirmées réelles sont fictives ou que les fonds déclarés mis à la disposition de la société n'ont pas été effectivement versés.

L'un ou l'autre des faits précédents est suffisant pour motiver la mauvaise foi des auteurs de l'infraction. Il est, notamment, inutile, pour que cette mauvaise foi soit établie, que la simulation soit effectuée dans l'intention d'obtenir des souscriptions et des versements[1].

141. — Le troisième élément est l'obtention ou la tentative d'obtention de souscriptions ou de versements. La tentative d'obtention produit le même effet que l'obtention elle-même.

Comme nous l'avons vu dans l'exemple schématique que nous venons de donner précédemment, le texte de l'article 15-2° est interprété par la jurisprudence dans un sens large. Dans les premières années qui suivirent la promulgation de la loi de 1867, la jurisprudence avait voulu appliquer l'article 15-2° d'une manière tout à fait restrictive, et voyait seulement le premier des délits visés par ce texte dans une simulation ayant pour but d'obtenir des souscriptions et des versements[2], ce qui impliquait une simulation antérieure à l'obtention et une simulation faite dans l'intention d'obtenir des souscriptions et des versements. De plus, pour qu'il y ait délit, les faits devaient se produire avant la constitution définitive de la société. Reprenons

1. En ce sens, Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 861 ; en sens contraire : Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n° 309.

2. Paris, 19 mars 1883, D. P. 1883.1.425 ; Lyon, 12 mars 1885, D. P. 1886. 2.136.

notre exemple précédent. Si la jurisprudence avait persisté dans son opinion primitive, le fondateur, au lieu de commettre quatre fois de suite la même infraction, ne s'en serait rendu coupable qu'une seule fois : la première. Dans les trois autres cas, il n'y aurait pas eu délit. Or, cette première éventualité envisagée dans notre exemple est purement théorique. Seules, les autres existent en réalité dans la pratique. Cette façon de voir aboutissait donc tout simplement à réduire à néant la première partie de l'article 15-2°[1]. Devant cet état de choses, la jurisprudence a rapidement évolué[2], et voit depuis longtemps le délit dans les quatre hypothèses passées en revue précédemment. Certes, c'est donner au mot obtenir un sens un peu particulier, c'est fréquemment traduire obtenir par retenir ou maintenir[3]. Cependant la jurisprudence est, avec raison, unanime en ce sens aujourd'hui.

Précisons également que pour qu'il y ait délit, il n'est pas nécessaire d'établir que la simulation est la cause de l'obtention de souscriptions ou de versements[4]. C'est là une conséquence du fait que la tentative d'obtention est punie au même titre que l'obtention.

142. — Un exemple intéressant du délit de simulation de souscriptions et de versements nous est donné par un arrêt de la Cour de Paris, en date du 19 janvier 1933[5].

« Au moment de la constitution de la « Holding française » » et à raison même du caractère fictif des souscriptions et

1. V. note G. Le Poittevin, sous Crim., 26 février 1904, D. P. 1905.1.17.
2. Paris, 28 juillet 1887, D. P. 1888.2.129; Crim., 26 février 1904, précité, et note Le Poittevin.
3. V. Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n°s 311 et suiv.
4. V. Rousselet et Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, n°s 218 et suiv.; Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n° 301.
5. Paris, 19 janv. 1933, *J. S.* 1933, 416. Sur les simulations dans les ventes d'actions, v. Rousselet et Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, n°s 213 et suiv.

» de la défaillance des souscripteurs qui n'ont rien versé » en espèces, le capital de la société était inexistant; pour » lui procurer les sommes destinées à représenter ce capital » et à l'employer pour les besoins de la société, notamment » pour la constitution de son portefeuille-titres, G... et O... » avaient imaginé, par une cession consentie au profit de » G... seul, d'accaparer toutes les actions fictivement sous- » crites et de les monnayer en les vendant en Bourse; »

« Les actions ainsi négociées en Bourse apparaissent » aux yeux de tous comme ayant été régulièrement sous- » crites à l'origine et intégralement libérées; en réalité, les » souscriptions et les versements étaient pour ces titres » entièrement simulés et c'est cette simulation qui, en » donnant aux actions un aspect régulier, a permis à O... et » à G... de les négocier et d'obtenir des tiers acquéreurs sur » le marché, les versements qui leur étaient nécessaires » pour constituer ou pour compléter en espèces le capital » social de la « Holding française » jusque-là inexistant ou » insuffisant; ces agissements revêtent le caractère de l'in- » fraction prévue et punie par l'article 15-1° (n'oublions » pas que l'arrêt est antérieur au décret du 8 août 1935 et » que, depuis ce décret, le **§ 1 de l'article 15 est devenu le** » § 2) de la loi du 24 juillet 1867. »

143. — Aussi bien, dans le cas d'une société anonyme que dans celui d'une société en commandite par actions, il n'est pas nécessaire, pour que des poursuites puissent être engagées en vertu de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, que la nullité de la société ait été prononcée au préalable par la juridiction consulaire compétente[1].

144. — Signalons, d'autre part, que si le vice inhérent à la constitution de société ou à la réalisation d'une augmentation de capital est couvert après cette constitution

1. Crim., 10 mars 1928, D. H. 1928.289.

ou cette augmentation, en vertu de l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867, modifié par le décret du 30 octobre 1935, le délit prévu par l'article 15 n'en subsiste pas moins[1].

§ 2. *Les peines.*

145. — Auteurs principaux et complices du délit de simulation de souscriptions ou de versements sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie.

Les auteurs principaux sont, le plus souvent, les fondateurs, gérants et administrateurs. Quant aux complices ce sont fréquemment les apporteurs, banquiers, souscripteurs fictifs. Rappelons qu'aucune sanction pénale ne peut être prise contre la société. D'autre part, les tribunaux correctionnels ne pourront jamais en prononcer la nullité.

146. — Nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer les peines portées par l'article 405 du Code pénal[2]. Elles consistent, nous le savons, dans un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et dans une amende de 1.000 francs au moins et de 10.000 francs au plus.

Si le délit a été commis par une personne ayant fait appel au public en vue de l'émission d'actions d'une société, rappelons que l'emprisonnement pourra être porté à dix années et l'amende à 50.000 francs[3].

Dans tous les cas, les coupables pourront être, en outre, frappés pour dix ans au plus de l'interdiction des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal; ils pourront aussi être frappés de l'interdiction de séjour pendant le même nombre d'années.

En vertu de l'article 16 de la loi du 24 juillet 1867, la

1. Crim., 25 oct. 1934, *J. S.* 1936, 628.
2. V. Chapitre II, sections 1 et 2.
3. V. toutefois Rousselet et Patin, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, n° 181.

peine pourra être réduite par l'octroi des circonstances atténuantes.

Section II. — Délit de publication faite de mauvaise foi de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux.

§ 1. *Les éléments de l'infraction.*

147. — Que faut-il entendre exactement par « ceux qui, par publications faites de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements », dont nous parle la deuxième partie de l'article 15-2°? D'abord, évidemment, les fondateurs et administrateurs qui, au moment de la constitution de la société ou de la réalisation de l'augmentation de capital, ont, par publication de faits faux, provoqué ou tenté de provoquer des souscriptions ou des versements. Sans aucun doute également, ceux qui, grâce à une publication mensongère, ont essayé d'obtenir ou ont obtenu, après la constitution de la société ou la réalisation de l'augmentation de capital, la négociation des actions.

148. — Une question plus délicate est celle de savoir si le délit existe, lorsque après la constitution de société ou la réalisation de l'augmentation de capital, une publication de faits faux a entraîné le versement des deuxième, troisième et quatrième quarts. Ce versement est-il une conséquence de la publication incriminée ou tout simplement est-il l'exécution des obligations créées par le contrat de souscription?

La Cour de Pau a très nettement répondu à cette question dans un arrêt en date du 29 mars 1939[1]. « S'il est vrai

1. Pau, 29 mars 1939, *J. S.* 1940, 212.

» et compréhensible que, dans le but de préserver l'épargne » publique de la fraude, la jurisprudence dont il est fait » état par le Ministère public applique couramment les péna- » lités prévues par l'article 15 à tous ceux qui, au moyen de » faits faux publiés dans un bilan mensonger, ont obtenu » ou tenté d'obtenir, même postérieurement à la constitu- » tion de la société, le versement des deuxième, troisième et » quatrième quarts des actions sociales, c'est à la condition, » toutefois, que la libération du premier quart, tout au » moins, soit entachée d'irrégularité; tels sont le sens et la » portée restreints qu'il convient de donner à la jurispru- » dence précitée; il est certain, en effet, qu'un vice initial » de constitution a pour effet de délier les souscripteurs » dont les engagements étaient subordonnés à la condition » que la société serait régulière, de sorte que ces souscrip- » teurs qui ont répondu à l'appel des quarts peuvent se » prévaloir de ce vice pour prétendre, à juste titre, que ce » sont les mêmes manœuvres qui les ont amenés à souscrire » comme à compléter ultérieurement le capital; au con- » traire, en l'absence de toute irrégularité originelle, ce qui » est le cas en l'espèce, l'appel des quarts trouve, en effet, » son fondement juridique et sa cause directe, non pas dans » une manœuvre postérieure à la création de la société (en » l'espèce, la publication de bilans mensongers en 1929 et » en 1930), mais bien dans le contrat de souscription, » antérieur à la publication de ces bilans; il est évident, » en effet, que les souscripteurs, même sans cette manœu- » vre, n'auraient pu se soustraire à leurs obligations; ainsi, » en semblable hypothèse, il ne peut exister de relation » directe de cause à effet entre la manœuvre et l'obtention » des fonds; cet élément essentiel du délit prévu par l'arti- » cle 15 faisant défaut, il convient de relaxer les prévenus » des fins de la poursuite, et de confirmer quant à ce, le » jugement entrepris; »

Cet arrêt a été cassé, et avec raison, par la Cour de cas-

sation[1]. Il est, en effet, très critiquable. Dans ses attendus la Chambre criminelle s'exprime notamment ainsi : « Si les » voies légales étaient ouvertes à la société aux fins de con- » traindre les souscripteurs à verser le montant des troi- » sième et quatrième quarts de l'augmentation de capital, » les prévenus n'étaient pas autorisés, pour déterminer les « dits souscripteurs à se libérer, à recourir à une publication » interdite par l'article 15 susvisé; un créancier ne saurait » puiser dans son droit de créance celui de commettre une » infraction à la loi pénale; »

149. — Comme le délit précédent dont il est en réalité très proche, celui-ci se compose de trois éléments :

1° Publication de faits faux.

2° Mauvaise foi des auteurs de l'infraction.

3° Obtention ou tentative d'obtention de souscriptions ou de versements.

150. — Le premier élément du délit est la publication de faits faux. Celle-ci se traduira par des affiches, prospectus, circulaires, annonces contenant des indications inexactes. Elle se réalisera pratiquement :

1° Par la publication de listes de souscriptions sur lesquelles sont mentionnées des souscriptions fictives[2].

2° Par la publication de cours fictifs dans une cote libre[3].

3° Par la publication d'indications mensongères sur les origines de l'affaire, sur les apports, sur les résultats industriels et commerciaux de l'entreprise, sur les bénéfices qu'elle a produits[4].

4° Par la publication d'un bilan inexact[5] : le décret-loi

1. Crim., 5 juin 1940, D. C. 1941, J. 30 et note H. Donnedieu de Vabres.
2. Cass., 16 nov. 1888, D. P. 1889.5.436.
3. Cass., 11 décembre 1909, D. P. 1911.1.180.
4. Rouen, 26 juillet 1912, D. P. 1912.2.113.
5. Cass., 10 juin 1934, *J. S.* 1935, 483; Aix, 7 mars 1939, *Rev. Soc.*, 1939, 203.

du 8 août 1935 qui a modifié l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867, a créé le délit de publication par un gérant d'un bilan inexact (art. 15-5°). Ici la publication d'un tel bilan constituera simplement un des éléments de l'infraction.

Par contre, ne constitue pas le premier élément du délit la publication de faits plus ou moins justes, restant dans le cadre d'une réclame normale. Il a été jugé que n'est pas frauduleux un bilan dans lequel les frais généraux de pré-exploitation ont été distraits des frais généraux pour être portés à l'actif de la société, car le point de savoir si les frais généraux de pré-exploitation doivent ou non être portés dans un bilan à la rubrique « frais à amortir », fait l'objet de controverses dans les théories comptables et, par suite, il subsiste un doute sur la mauvaise foi de l'auteur du bilan[1].

151. — Le deuxième élément du délit est la mauvaise foi des auteurs de l'infraction. Elle consiste dans le fait pour les auteurs de l'infraction de connaître l'inexactitude du contenu de la publication.

Ici, comme dans le cas du délit de simulation, il ne sera pas nécessaire, pour que la mauvaise foi soit établie, et, par suite, pour que l'infraction existe, que la publication ait été faite dans le but d'obtenir des souscriptions ou versements.

« Si, en ce qui concerne l'intention délictuelle, les Cours » d'appel sont investies du droit d'apprécier les circons- » tances qui peuvent dépouiller les faits imputés de leur » caractère de criminalité, leur appréciation à cet égard » n'est souveraine et n'échappe au contrôle de la Cour de » cassation qu'autant qu'elle n'est pas en contradiction » avec les faits constatés par les arrêts eux-mêmes ou avec » le caractère légal qui appartient aux circonstances appré- » ciées par ces arrêts[2]. »

1. Trib. corr. de la Seine, 20 décembre 1933, *Gaz. Pal.* 1934.1.331.
2. Cass., 10 juin 1934, *J. S.* 1935, 483.

152. — Le troisième élément du débit est l'obtention ou la tentative d'obtention de souscriptions ou de versements. Ici, comme précédemment, la tentative d'obtention produit le même effet que l'obtention elle-même.

153. — Signalons un exemple intéressant, qui nous est donné par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 31 mars 1933[1] : un commissaire aux comptes avait affirmé à l'assemblée générale des actionnaires que les bénéfices de l'année s'élevaient à plus de 8 millions, alors que la société se trouvait gravement obérée, et avait certifié sincère un bilan manifestement frauduleux. Par ces déclarations mensongères à l'assemblée précitée, il avait aidé et assisté avec connaissance les auteurs du délit de publication de faits faux faite de mauvaise foi, en vue d'obtenir des souscriptions et des versements. Il a été poursuivi comme complice de ce délit.

Une autre application intéressante nous est fournie par un arrêt de la Cour de Dijon, en date du 6 mai 1936[2] : l'administrateur délégué d'une société avait approuvé un bilan frauduleux. Puis ce bilan avait été présenté et signé par le directeur qui l'avait ensuite fait publier dans un journal d'annonces, en vue de la réalisation d'une augmentation de capital. L'administrateur délégué a été déclaré coupable du délit de publication de faits faux ayant eu pour résultat d'obtenir des souscriptions et versements.

154. — Nous avons vu un peu plus haut, en commençant ce chapitre, que l'article 15-2° et l'article 15-3° créaient trois infractions nouvelles qui, en réalité, se ramenaient à deux. En effet, celle visée par l'article 15-3° est la publication, faite de mauvaise foi, des noms des personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque, pour provoquer des souscriptions ou des versements.

1. Cass., 31 mars 1933, *J. S.* 1933, 529.
2. Dijon, 6 mai 1936, *J. S.* 1937, 306.

Comme on le voit, ce délit se ramène tout simplement au précédent : la publication des noms des personnes désignées contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque, est un exemple de publication de faits faux.

§ 2. *Les peines.*

155. — Auteurs principaux et complices seront punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal.

Comme précédemment, les auteurs principaux seront le plus souvent les fondateurs, gérants et administrateurs ; et les complices, les apporteurs, banquiers, souscripteurs fictifs auxquels il faut ajouter les journalistes.

Nous avons vu dans la section précédente les peines de l'article 405 du Code pénal, nous n'y reviendrons pas.

Section III.
Les délits du droit commun : l'escroquerie.

156. — Le seul délit de droit commun dont nous aurons à parler ici est celui d'escroquerie visé par l'article 405 du Code pénal. Notre section sera consacrée uniquement aux éléments de l'infraction. Pour les peines, on se reportera à la section I, paragraphe 2.

157. — Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir des souscriptions ou des versements par certains moyens, peut constituer le délit d'escroquerie qui se distingue du reste nettement des délits prévus par l'article 15-2° et 3° de la loi du 24 juillet 1867. L'indication de ces moyens nous est fournie par l'article 405 du Code pénal : « Quinconque, » soit en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, » soit en employant des manœuvres frauduleuses pour » persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir

» ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance » ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre » événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer, » ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, » des meubles ou des obligations, dispositions, billets, pro- » messes, quittances ou décharges, et aura, par un de ces » moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou » partie de la fortune d'autrui, sera puni...[1] »

Ces moyens, nous le voyons, sont différents de ceux prévus par l'article 15-2° et 3°. Ici, il ne s'agit plus de simulation de souscriptions ou de versements et de publication de faits faux. Il s'agit soit d'usage de faux noms ou de fausses qualités, soit de l'emploi de manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique. Ces moyens ont une plus grande envergure que la simulation de souscriptions ou de versements et la publication de faits faux.

158. — Pour pouvoir comparer facilement le délit d'escroquerie et ceux prévus par l'article 15-2° et 3°, nous allons prendre un exemple. Nous allons en choisir un particulièrement significatif qui nous est fourni par un arrêt de la Cour de Douai du 18 avril 1929[2]. Voici la partie des attendus de l'arrêt relative au délit d'escroquerie :

« La Cour,. . . . . .
« En ce qui concerne le délit d'escroquerie : Attendu que » l'inculpation d'escroquerie repose sur une démarche faite » par D... et L... auprès de L.-M... qu'ils sont allés trouver » à Merville à la date du 6 octobre 1923 et auquel D... a fait » signer un bulletin de souscription de 100 actions de l'aug- » mentation de capital du « Nord Constructeur » ; — Attendu » qu'en l'espèce la manœuvre frauduleuse pour persuader

1. Article 405 du Code pénal (Décret du 16 juillet 1935).
2. Douai, 18 avril 1929, *J. S.* 1931, 284.

» l'existence d'un crédit imaginaire et de fausses entreprises » a consisté dans la remise par D... à L.-M... du bilan au » » 31 décembre 1922; mais que le caractère frauduleux » de ce bilan ayant été ci-dessus établi, il en résulte que » l'escroquerie est dès lors nettement caractérisée; qu'il » échet donc de retenir ledit délit d'escroquerie à la charge » de L... et de D... qui, ainsi qu'il a été démontré, ont par- » ticipé à l'élaboration de ce bilan fait pour les besoins de » la cause; — Mais attendu que ni M..., ni T..., ni F... ne se » sont prêtés à cette manœuvre, qui a été la cause directe » de la remise par L.-M... d'une somme de 100.000 francs » comme suite à la souscription de 100 actions; qu'il con- » vient donc de relaxer du chef d'escroquerie M..., T... et » F..; »

Dans l'exemple précédent, la manœuvre frauduleuse pour persuader l'existence d'un crédit imaginaire et de fausses entreprises exigées pour qu'il y ait escroquerie, consiste dans la remise par D... à L.-M... (le souscripteur) d'un bilan frauduleux œuvre de D...; or, la publication d'un bilan frauduleux suffit à constituer la publication de faits faux, premier élément de la seconde des deux infractions prévues par l'article 15-2°. Dans le premier cas (escroquerie), nous avons donc publication d'un bilan frauduleux par l'auteur de l'infraction et remise par cet auteur du bilan frauduleux au souscripteur. Dans le second (publication de faits faux), nous avons simplement publication d'un bilan frauduleux par l'auteur de l'infraction.

159. — On pourrait citer comme autres exemples de manœuvres frauduleuses caractéristiques du délit d'escroquerie pratiquées pour obtenir ou tenter d'obtenir des souscriptions ou des versements :

La création de sociétés fictives, société de façade derrière laquelle se dissimule l'unique maître de l'affaire, ou société apparaissant comme un tiers désintéressé.

La publication de faits faux par l'intermédiaire de tiers, journaux ou démarcheurs.

La distribution de bénéfices inexistants[1].

Remarquons que la publication de faits faux par l'intermédiaire de tiers est un exemple de manœuvre frauduleuse caractéristique du délit d'escroquerie. Le premier élément de l'infraction de l'article 15-2° se limite, en effet, à la publication de faits faux effectuée par les auteurs de l'infraction ou par des complices notoirement connus comme faisant partie de la société à un titre quelconque.

Section IV. — Appréciation critique des sanctions pénales.

160. — Le texte de l'article 15-2° et 3° est critiquable à plusieurs points de vue. Le premier reproche qu'on peut lui faire est de grouper les deux délits de simulation et de publication (art. 15-2°) et de consacrer une disposition entière (art. 15-3°) à un cas particulier. Il eût été préférable de consacrer un paragraphe à chacun des deux délits (qui, s'ils ont de nombreux points communs, sont quand même différents) et de supprimer celui relatif au cas particulier.

De plus, la rédaction de l'article 15-3° est, à notre avis, peu satisfaisante et peut prêter à confusion. C'est ainsi que ce texte nous parle de « ceux qui ont publié... » et non comme l'article 15-2° de « ceux qui par publication... », ce qui peut à tort laisser supposer par analogie que, dans tous les cas, la publication de faits faux doit émaner des auteurs de l'infraction. C'est ainsi également que ce texte vise non pas « ceux qui ont obtenu... » comme l'article 15-2°, mais « ceux qui, pour provoquer... » ce qui peut aussi laisser entendre par analogie, que pour qu'il y ait délit, la publication doit toujours être faite dans le but d'obtenir des souscriptions ou versements, ce qui n'est pas vrai.

1. Crim., 22 février 1935, *J. S.* 1935, 488.

161. — La jurisprudence, il faut le reconnaître, fait face aux nécessités de la pratique avec le texte actuel de l'article 15-2° et 3°. Mais, si elle arrive à ce résultat, c'est en interprétant d'une façon très large, voire prétorienne, ces dispositions qui ont considérablement vieilli et sont notoirement insuffisantes.

Quelles formules répondant mieux au besoin de la pratique pourrait-on proposer pour les deux infractions de simulation et de publication de faits faux? Les suivantes nous semblent assez satisfaisantes :

Simulation de souscriptions ou de versements, faite de mauvaise foi, effectuée par les auteurs de l'infraction ou par des complices, ayant eu pour effet ou qui aurait pu avoir pour effet l'obtention ou le maintien de souscriptions ou de versements.

Publication de faits faux, faite de mauvaise foi, effectuée par les auteurs de l'infraction ou par des complices notoirement connus comme dépendant de la société, ayant eu pour effet ou qui aurait pu avoir pour effet l'obtention de souscriptions ou de versements.

CHAPITRE IX

DROITS FISCAUX SE RATTACHANT A LA SOUSCRIPTION

Section I. — Droits d'enregistrement.

§ 1. *Cas d'une constitution de société.*

162. — Des droits d'enregistrement sont dus à raison de la formation d'une société par actions. Ces droits consistent dans un droit proportionnel. Le tarif du droit proportionnel nous est donné par l'article 445, alinéa 1, du Code de l'Enregistrement :

« Sous réserve de ce qui est dit aux articles 446 et 448, » les actes de formation et de prorogation de société, qui « ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmis- » sion de biens, meubles ou immeubles, entre les associés ou » autres personnes, sont assujettis à un droit de 3 francs par » 100 (3 fr. 25 par 100 francs jusqu'au 31 décembre 1939). »

Actuellement ce droit est de 3 fr. 25 par 100 francs.

Aux termes de l'article 43, alinéa 1, du Code de l'Enregistrement :

« Pour les actes de formation et de prorogation de société, » qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni trans- » mission de biens, meubles ou immeubles, entre les asso- » ciés ou autres personnes, le droit est liquidé sur le montant » total des apports mobiliers et immobiliers, déduction » faite du passif. »

Le montant total des apports mobiliers en argent comprend le montant total des actions souscrites libérées ou non.

163. — Ce droit n'est exigible qu'après la constitution définitive de la société. Le Tribunal civil de la Seine a eu à rappeler ce point dans un de ses jugements du 31 octobre 1930[1]. Voici la partie des attendus du jugement relative à cette question :

« Le Tribunal,

« . . . . . ; — 1° *Sur la fin de non recevoir* :

» Attendu que s'il est exact que la société n'a pris naissance » qu'après l'accomplissement de toutes les formalités pres- » crites par la loi du 24 juillet 1867, il est néanmoins cer- » tain que l'exigibilité des droits dus sur le pacte social n'a » été fixée qu'au moment de la constitution définitive de la » société et que le titre de la perception réside dans le » procès-verbal de la deuxième assemblée générale qui a » scellé définitivement le pacte social; que c'est donc à » juste titre que les droits ont été perçus, non sur l'acte » notarié, lequel a été enregistré au droit fixe de 6 francs » (aujourd'hui 35 fr.), mais sur la copie de la délibération » de la deuxième assemblée générale; que, d'autre part, il » est de principe que l'administration peut s'adresser pour » le recouvrement des droits à toutes les parties qui ont » figuré au contrat; que c'est donc à bon droit qu'elle a » réclamé les droits à la société qui était incontestablement » partie à la deuxième assemblée générale du 9 août 1922; » qu'en outre, le procès-verbal de cette deuxième assem- » blée contient la nomination des premiers administrateurs » et est signée par les administrateurs et commissaires pour » l'acceptation de leurs fonctions; que, contrairement aux » allégations de la société, celle-ci avait donc, dès le 9 août » 1922 une existence légale, devenait ainsi redevable des » droits acquis au Trésor à ce moment même (quatrième

1. Trib. civ. de la Seine, 31 oct. 1930, *J. S.* 1932, 183.

» résolution); que, d'ailleurs, ledit procès-verbal porte que » la société est, à dater de ce moment, définitivement » constituée », ce qui est conforme à la loi du 24 juillet 1867, » article 25, dernier alinéa; ... »

Les droits dus à raison de la formation d'une société, sont donc exigibles lorsque le premier conseil de surveillance a été nommé dans une société en commandite par actions[1], et lorsque les premiers administrateurs et commissaires ont accepté leurs fonctions dans une société anonyme[2]. Le fait générateur de l'impôt sera le procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale nommant le premier conseil de surveillance dans le cas d'une société en commandite par actions, et le procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale constatant l'acceptation des premiers administrateurs et commissaires dans le cas d'une société anonyme.

164. — De plus nous avons vu qu'avant toute souscription du capital, un projet des statuts sur papier libre, certifié par le fondateur, est déposé au greffe du tribunal de commerce du siège social et doit être communiqué à tout requérant. Ce projet des statuts doit être enregistré au droit fixe de 35 francs.

§ 2. *Cas d'une augmentation de capital.*

165. — Des droits d'enregistrement sont dus à raison de l'augmentation de capital d'une société par actions. Comme précédemment, ces droits consistent dans un droit proportionnel de 3,25 par 100 francs.

Ce droit sera liquidé uniquement sur le montant des nouveaux apports. Cependant, le droit de 3,25 par 100 fr. sera liquidé sur le montant des apports nouveaux et sur

1. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 6e édit., n° 754.
2. Article 25 de la loi du 24 juillet 1867.

celui des apports anciens dans le cas d'un nouveau capital de très loin supérieur à l'ancien, car l'opération effectuée sera alors non pas une augmentation de capital, mais la formation d'une autre société. Laissons de côté cette hypothèse particulière et revenons au cas général, c'est-à-dire à celui d'une simple augmentation de capital. Le droit de 3,25 par 100 francs est alors liquidé avons-nous dit, uniquement sur le montant des apports nouveaux. Si l'émission est une émission au-dessus du pair, le droit sera liquidé sur le montant du capital nominal et sur celui des primes.

166. — Le fait générateur de l'impôt sera ici le procès-verbal de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire constatant l'augmentation de capital. Dans le cas d'une augmentation de capital spécialement décidée par les statuts, le fait générateur de l'impôt sera alors le procès-verbal de la délibération du conseil d'administration la constatant.

167. — Les copies des procès-verbaux déposées au greffe du tribunal de commerce avant la souscription seront évidemment enregistrées au droit proportionnel de 3,25 par 100 francs.

Section II. — Droifs de timbre.

168. — Rappelons que les bulletins de souscription doivent être rédigés sur papier timbré au timbre de dimension (actuellement papier timbré à 6 fr.) et que l'exemplaire du bulletin remis au souscripteur sera rédigé sur papier libre.

CONCLUSION

169. — Nous voici arrivé au terme de cette étude. Le moment est donc venu pour nous d'émettre une opinion générale sur la réglementation de la souscription, en insistant plus particulièrement sur la législation de ces dernières années qui, nous le savons, a réformé et complété en de nombreux points celle déjà existante. Nous serons amené également à dire quelques mots de la jurisprudence récente.

170. — Tous les textes relatifs à la souscription sont inspirés, nous l'avons vu, de la même idée principale : la protection du souscripteur. Le but visé a-t-il été atteint ? Il semble qu'on puisse répondre à cette question par l'affirmative, mais avec certaines réserves.

La loi de 1867, avec le principe de la souscription intégrale, constituait déjà un mode de protection sérieux du souscripteur. Des textes plus récents — loi du 30 janvier 1907, décret du 8 août 1935, décret du 31 octobre 1937, — intégrés ou non dans le cadre de la loi du 24 juillet 1867, ont imposé diverses formalités. Ces formalités — notice de la loi du 30 janvier 1907, dépôt du projet des statuts au greffe, bulletin de souscription obligatoire — sont bonnes et méritent une approbation complète. Aurait-on pu mieux faire ? Nous le croyons, et, à notre avis, les critiques qu'il est possible de formuler ici se ramènent à l'idée suivante : au lieu de procéder à une réforme générale on a seulement pratiqué des retouches partielles qui s'adaptent entre elles

tant bien que mal. La réglementation a, par suite, un caractère fragmentaire qui présente parfois un aspect fâcheux. C'est ainsi que le souscripteur devra, pour obtenir certains renseignements qui ne sont pas donnés par le bulletin, avoir recours au *B. A. L. O.* qu'il est parfois difficile de se procurer. Insérer toutes les énonciations de la notice dans le bulletin serait une solution préférable[1]. On pourrait encore pousser plus loin la critique, et rappeler, par exemple, que la réforme opérée par le décret-loi du 31 août 1937, aurait été meilleure si elle avait imposé en plus du dépôt des statuts au greffe leur publication, et si ce dépôt avait été effectué chez un notaire[2].

171. — Le défaut de souscription intégrale, l'absence d'accomplissement des formalités prescrites entraînent la nullité de la société ou de l'augmentation de capital. Si les actions en nullité constituent, et ce n'est pas niable, un moyen de protection pour le souscripteur, elles forment aussi un instrument dangereux de chantage entre les mains d'hommes d'affaires louches, fréquemment souscripteurs d'une unique action. Ceux-ci se servent, en effet, de la menace de l'action en nullité comme d'un moyen de pression contre les gérants ou les administrateurs.

Pour parer à ce danger, le législateur contemporain a, avec le décret du 30 octobre 1935, élargi et étendu les régularisations de la loi du 1er août 1893, en modifiant à nouveau l'article 8 de la loi de 1867. Nous avons mentionné, en partie, le contenu de cet article dans la section I du chapitre premier. De son côté, la jurisprudence, consciente des véritables intérêts du souscripteur et de la société, s'est refusée à prononcer la nullité de cette dernière dans des cas où il lui paraissait qu'un but diamétralement opposé à

1. Solus, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, n° 17.
2. H. Bosvieux, *J. S.* 1938, 7.

celui recherché serait atteint : c'est ainsi qu'elle n'a pas voulu déclarer fictives des souscriptions effectuées par prête-nom, mais sans fraude et de plus entièrement libérées.

A un point de vue voisin, la jurisprudence n'est pas non plus restée inactive, elle a créé la théorie des sociétés de fait qui a diminué notablement la rigueur des nullités. Supposons, en effet, qu'une société irrégulièrement constituée soit déclarée nulle après plusieurs années d'existence. Entre sa création et son annulation, cette société a fonctionné normalement, c'est-à-dire qu'elle a effectué un nombre considérable d'actes qui, eux-mêmes, ont produit des effets multiples. Quelle va être la conséquence de la nullité de la société sur ces actes et leurs effets ? La nullité agissant rétroactivement, ceux-ci vont être purement et simplement anéantis. On voit à quelle impasse nous conduirait ici l'application stricte du droit. Aussi la jurisprudence, pour éviter un résultat aussi désastreux, a-t-elle créé la théorie des sociétés de fait, c'est-à-dire qu'elle considère la société comme régulièrement constituée jusqu'au jour où sa nullité est prononcée.

172. — Enfin, les infractions et les peines prévues par la loi du 30 janvier 1907, le décret du 8 août 1935 réglementant le démarchage et les articles 13 et 15-2° et 3° de la loi du 24 juillet 1867 ont aussi leur part dans la protection de l'épargne. La tendance de la législation actuelle d'aggraver les sanctions pénales, s'est traduite ici notamment par un décret du 8 août 1935 qui a modifié l'article 405 du Code pénal. Cette tendance mérite une complète approbation. La jurisprudence a, ici aussi, contribué à la protection du souscripteur en interprétant très largement l'article 15-2°[1] et 3°.

173. — Quoi qu'il en soit, et si le législateur et la juris-

1. V. Constantin et Gautrat, *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, n°s 311 et suiv.

prudence n'ont pas atteint les résultats obtenus dans plusieurs pays étrangers, on peut cependant conclure qu'ils ont réussi à créer un système constituant une protection réelle et efficace pour le souscripteur.

Vu	Vu :
Le Doyen,	*Le Président de la thèse,*
R. BONNARD.	M. LABORDE-LACOSTE.

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 9 janvier 1942
L'Inspecteur Général de l'Enseignement Supérieur
Recteur de l'Académie :
A. LIRONDELLE

BIBLIOGRAPHIE

1. — Ouvrages généraux

Chambaz (G.) et Leblond (J.). — *Précis des sociétés*, 1937.

Constantin (L.) et Gautrat (A.). — *Traité de droit pénal en matière de sociétés*, 1937.

Dalloz. — *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.*

Decugis (H.). — *Traité pratique des sociétés par actions*, 1931.

Escarra (J.). — *Principes de droit commercial*, avec la collaboration de Ed. Escarra [et] J. Rault. Tome VI : « Les opérations de banque », 1936.

Houpin (C.) et Bosvieux (H.). — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 6e édit.

Rousselet (M.) et Patin (M.). — *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, 1938.

Solus (H.). — *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, 1938.

2. — Articles de doctrine

Bosvieux (H.). — « Les nouvelles règles relatives à la constitution et à l'augmentation de capital des sociétés par actions (Art. 1er, 4 et 15 nouveaux, de la loi du 24 juillet 1867 modifiés par le décret-loi du 31 août 1937) » (*J. S.* 1938, 1).

Charron (A.). — « De l'exercice du droit de souscription à titre irréductible et à titre réductible créé par le décret-loi du 8 août 1935 » (*J. S.* 1939, 1).

Dalsace (A.). — « Les modifications apportées au droit des sociétés par actions par le décret-loi du 31 août 1937 » (*Rev. Soc.*, 1937, 297).

— « Des modifications à apporter aux dispositions législatives résultant des décrets-lois des 8 août 1935 et 31 août 1937 relatives à l'augmentation de capital des sociétés par actions » (*Rev. Soc.*, 1939, 81).

ESMEIN (P.). — « Les notions de souscription publique, d'offre au public et d'appel à l'épargne publique en matière de sociétés » (*J. C. P.*, étude 208).

HOUPIN (C.). — « De la nature de la clause d'exécution en Bourse d'actions non libérées et de ses effets en cas de faillite de l'actionnaire défaillant » (*J. S.*, 1931, 385 et 449).

LECOMPTE (H.). — « Des nouvelles pénalités et déchéances en matière de sociétés par actions (Décrets-lois des 8 août et 30 octobre 1935) » (*J. S.*, 1936, 81).

— « Le colportage, le démarchage et l'offre par prospectus des valeurs mobilières » (*J. S.*, 1938, 513 et 641).

MAZEAUD (L.). — « Des droits des souscripteurs ou acheteurs de valeurs mobilières en cas de faillite de l'intermédiaire » (*J. S.*, 1932, 385).

RODIÈRE (R.). — « La notion d'émission (A propos de la loi du 28 février 1941, relative à la forme et à la négociation des actions) » (*J. C. P*, étude 223).

TCHERNOFF (J.). — « Le prospectus de placement » (*D. H.*, 1936, 9).

WAHL (A.). — « La réparation du vice de constitution résultant du défaut de souscription intégrale » (*J. S.* 1931, 257).

3. — Thèses

CHEVALIER (F.). — *Du droit de souscription en cas d'augmentation de capital dans les sociétés anonymes ou en commandite par actions* (Paris, 1926).

CONSEIL (M.). — *La souscription et le versement dans les sociétés par actions* (Paris, 1939).

JAUFFRET (A.). — *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles* (Aix, 1926).

LE ROY (Y.). — *Les syndicats d'émission* (Paris, 1914).

PAVÉS (L.). — *Le droit de souscription à des actions* (Paris, 1925).

VANDAMME (J.). — *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions* (Paris, 1928).

4. — Recueils de jurisprudence et périodiques

Association nationale des sociétés par actions (A. N. S. A.).
Dalloz : Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine. Recueil hebdomadaire de jurisprudence. Recueil critique de jurisprudence et de législation. Recueil analytique de jurisprudence et de législation.
Journal des Sociétés civiles et commerciales.
Juris-Classeurs. La Semaine juridique.
La Gazette du Palais.
Revue des Sociétés.
Sirey : Recueil général des lois et des arrêts.

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
1 à 6	INTRODUCTION	1
7 à 21	CHAPITRE PREMIER. — FORMALITÉS DE PUBLICITÉ PRÉLIMINAIRES A LA SOUSCRIPTION	5
8 à 14	SECTION I. — *Dépôt d'un projet des statuts au greffe du tribunal de commerce du siège social*	5
8 à 13	§ 1. Cas d'une constitution de société	5
14	§ 2. Cas d'une augmentation de capital	9
15 à 19	SECTION II. — *Publicité exigée par la loi du 30 janvier 1907*	10
20 à 21	SECTION III. — *Formalité supplémentaire imposée avant une augmentation de capital*	12
22 à 61	CHAPITRE II. — LE PLACEMENT DES TITRES MONTANT DE LA SOUSCRIPTION	14
22 à 30	SECTION I. — *Le prospectus de placement*	14
31 à 36	SECTION II. — *Le démarchage*	18
37 à 49	SECTION III. — *Rôle des banques dans la souscription. Les syndicats d'émission*	23
37 à 42	§ 1. Généralités	23
43 à 45	§ 2. Partage des bénéfices et de la charge des actions non placées entre les syndicataires	27
46 à 49	§ 3. Responsabilité du syndicat	32
46 à 47	N° 1. Responsabilité civile	32
48 à 49	N° 2. Responsabilité pénale	33
50 à 57	SECTION IV. — *La commission de banque*	34
58 à 61	SECTION V. — *Faillite de la banque*	41
58 à 59	§ 1. Faillite de la banque dépositaire provisoire des fonds provenant des souscriptions	41
60 à 61	§ 2. Faillite de la banque commissionnaire du souscripteur	42
62 à 75	CHAPITRE III. — RÉSULTAT DE LA SOUSCRIPTION	44
62 à 65	SECTION I. — *Règle de la souscription intégrale*	44
62 à 63	§ 1. Cas d'une constitution de société	44
64 à 65	§ 2. Cas d'une augmentation de capital	45
66 à 75	SECTION II. — *Différents résultats possibles pour une souscription*	47
66 à 68	§ 1. Souscription non intégrale	47
66 à 67	N° 1. Cas d'une constitution de société	47
68	N° 2. Cas d'une augmentation de capital	48
69 à 75	§ 2. Souscription intégrale	48
69	N° 1. Cas d'une constitution de société	48
70 à 75	N° 2. Cas d'une augmentation de capital	49

76 à 84 CHAPITRE IV. — NATURE JURIDIQUE DE LA SOUSCRIPTION 55
76 à 83 SECTION I. — *Cas d'une constitution de société* 55
77 à 80 § 1. Personnes susceptibles d'intervenir à la souscription 55
81 à 83 § 2. Problème de la nature juridique de la souscription 58
84 SECTION II. — *Cas d'une augmentation de capital* 59

85 à 90 CHAPITRE V. — LE CARACTÈRE DE LA SOUSCRIPTION. CONSÉQUENCE 61
85 à 87 SECTION I. — *La souscription acte de commerce* 61
88 à 90 SECTION II. — *Conséquence du caractère de la souscription : compétence du tribunal de commerce* 63

91 à 99 CHAPITRE VI. — PREUVE DE LA SOUSCRIPTION 65
91 à 92 SECTION I. — *Preuve de la souscription avant le décret-loi du 31 août 1937* 65
93 à 99 SECTION II. — *Preuve de la souscription après le décret-loi du 31 août 1937* 66

100 à 134 CHAPITRE VII. — LE CONTRAT DE SOUSCRIPTION 72
101 à 105 SECTION I. — *Formation du contrat* 72
101 à 104 § 1. Cas d'une constitution de société 72
105 § 2. Cas d'une augmentation de capital 74
106 à 114 SECTION II. — *Conditions d'existence* 75
107 § 1. Objet certain qui forme la matière de l'engagement du souscripteur 76
108 § 2. Cause licite de l'obligation du souscripteur 76
109 à 112 § 3. Consentement du souscripteur 77
113 à 114 § 4. Sanctions 82
115 à 129 SECTION III. — *Conditions de validité* 84
116 à 117 § 1. Vices du consentement 84
118 à 127 § 2. Capacité 85
128 à 129 § 3. Sanctions 89
130 à 132 SECTION IV. — *Effets du contrat de souscription* 90
133 à 134 SECTION V. — *Résolution du contrat de souscription* 92

135 à 161 CHAPITRE VIII. — DÉLITS SUSCEPTIBLES D'ETRE COMMIS A L'OCCASION DE LA SOUSCRIPTION 95
137 à 146 SECTION I. — *Délit de simulation de souscriptions ou de versements* 96
137 à 144 § 1. Les éléments de l'infraction 96
145 à 146 § 2. Les peines 102
147 à 155 SECTION II. — *Délit de publication faite de mauvaise foi de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux* 103
147 à 154 § 1. Les éléments de l'infraction 103
155 § 2. Les peines 108
156 à 159 SECTION III. — *Les délits de droit commun : l'escroquerie.* 108
160 à 161 SECTION IV. — *Appréciation critique des sanctions pénales* 111

162 à 168 CHAPITRE IX. — DROITS FISCAUX SE RATTACHANT A LA SOUSCRIPTION 113

162 à 165	SECTION I. — *Droits d'enregistrement*	113
162 à 164	§ 1. Cas d'une constitution de société	113
165 à 167	§ 2. Cas d'une augmentation de capital	115
168	SECTION II. — *Droits de timbre*	116
169 à 173	CONCLUSION	117
	BIBLIOGRAPHIE	121

Imprimerie BIÈRE, 18, rue du Peugue, Bordeaux — 1942.